



El *back charge* en los contratos de construcción^(*)^()** **Su configuración en la praxis transaccional internacional**

The back charge in construction contracts. Its configuration in the international transactional praxis

Walter Vásquez Rebaza^(*)**

Hitachi Rail STS (Lima, Perú)

Resumen: El presente trabajo aborda, desde la perspectiva legal, un remedio jurídico que ha ganado una trascendencia práctica en los proyectos contemporáneos: el *back charge*. Pese a su importancia, el entendimiento del *back charge* como instrumento contractual y como remedio jurídico privado es todavía bastante limitado, por lo que existen importantes vacíos de conocimiento legal sobre la materia en el Perú y, en general, en el civil law.

Ante esta realidad, este artículo plantea una configuración elemental del *back charge*, su noción, características y funcionamiento estándar, así como sus principales aspectos aplicativos y disfuncionales. Se analiza también si el Código Civil peruano reconoce algún remedio jurídico similar. A la par, se esboza pautas para la incorporación equilibrada de esta figura en los contratos de construcción contemporáneos.

Con tales propósitos, la presente investigación también examina la aplicación del *back charge* en contratos privados de construcción modernos y con alcance internacional, donde este recurso legal se origina de forma voluntaria, es decir, proviene de la autonomía privada de las partes involucradas. Asimismo, en algunos casos, este enfoque también puede estar presente en modelos contractuales estándares internacionales como el FIDIC y NEC.

Palabras clave: Contratos - Remedios contractuales - Derecho de la construcción - Back charge

Abstract: This work addresses, from a legal perspective, a legal remedy specific to construction contracts that has significant practical applicability in contemporary projects: the *back charge*. Despite its importance, the understanding of the *back charge* as a contractual instrument and as a private legal remedy is still quite limited, resulting in significant gaps in legal knowledge on the subject in Peru and, in general, in civil law jurisdictions.

In light of this reality, this legal research article proposes a basic configuration of the *back charge*, its concept, characteristics, and standard operation, as well as its main practical and dysfunctional aspects. It also examines whether the Peruvian Civil Code recognizes any similar legal remedy. Furthermore, guidelines are outlined for the balanced incorporation of this concept into contemporary construction contracts.

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 1 de mayo de 2023 y su publicación fue aprobada el 6 de junio de 2023.

(**) El autor desea expresar su agradecimiento a Romina Segura, abogada experta en Derecho de la Construcción, por la revisión y comentarios a las versiones preliminares del presente trabajo.

(***) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Magister por la PUCP. Profesor de Derecho Civil en la PUCP. *Business Affairs Counsel* para Latinoamérica en Hitachi Rail STS. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4605-2725>. Correo electrónico: walter.vasquez@pucp.pe.



To achieve these purposes, this research takes into account the configuration of the *back charge* in private contemporary construction contracts with an international focus, in which the legal remedy in question originates voluntarily (i.e., derived from the private autonomy of the parties), sometimes considering international standard contractual models (such as FIDIC and NEC).

Keywords: Contracts - Contractual Remedies - Construction Law - Back charge

1. Introducción y planteamiento de los problemas jurídicos

En el presente artículo, abordaremos, desde la perspectiva legal, un remedio jurídico propio de los contratos de construcción que cuenta con elevada trascendencia práctica en los proyectos contemporáneos⁽¹⁾: el *back charge*.

A pesar de su importancia, el entendimiento del *back charge* como instrumento contractual y como remedio jurídico privado aún es limitado, por lo que existen importantes vacíos de conocimiento legal sobre la materia en nuestro país. Esta limitación se debe, en gran medida, a la escasez de estudios de investigación jurídica dedicados exclusivamente a este tema a nivel internacional. Además, salvo algunas excepciones, estos estudios no abordan de manera exhaustiva ni ambiciosa la investigación. Este escenario crea incertidumbres y puede dar lugar a problemas de gran relevancia jurídica, por lo que estamos ante una "situación considerada como difícil de resolver, y que por tanto necesita de una investigación para solucionarlo" (Ramos, 2007, p. 124).

A nivel local, los problemas jurídicos derivados de la escasa comprensión legal del *back charge* se manifiestan de diversas formas. En primer lugar, se observan dificultades en el marco de los mecanismos de solución de controversias, donde a menudo se inician invocaciones del remedio sin un sustento adecuado; por ello, se termina entrando en conflicto con principios y reglas de la contratación privada. Estas aplicaciones carentes de fundamentos llevan a una reversión ineludible de las consecuencias jurídicas del *back charge* por parte de los tribunales, lo que puede tener consecuencias perniciosas para la parte que presenta la reclamación.

En segundo lugar, el desconocimiento generalizado sobre el tema ocasiona que algunas partes con derecho legítimo para utilizar el remedio se sientan disuadidas de invocarlo debido a la incertidumbre sobre el respaldo que obtendrían posteriormente de los tribunales. Esta falta de claridad genera dudas sobre la viabilidad y eficacia del *back charge* como recurso legal

en ciertas circunstancias, lo que limita su utilización a pesar de ser una opción legítima en determinados casos.

Se estima que la realidad descrita genera por lo menos dos impactos adversos. Por un lado, consiste en la afectación del interés de los comitentes y, consecuentemente, de los propósitos de los proyectos de construcción. Por otro lado, reside en la ausencia de predictibilidad y de seguridad jurídica para los agentes económicos que interactúan en el mercado.

Ante la situación expuesta, se justifica, tanto desde un punto de vista teórico como práctico, la realización de una investigación como la presente. El propósito del presente trabajo es contribuir a llenar algunos vacíos de conocimiento existentes sobre la materia a través del esclarecimiento de los contornos conceptuales y funcionales del *back charge* desde una perspectiva legal-contractual. Del mismo modo, se busca aportar en el encuadramiento de la categoría en las reglas y principios tradicionales de la contratación (como son la autonomía privada, el *pacta sunt servanda*, la buena fe, la protección de la confianza legítima y la razonabilidad). Adicionalmente, la investigación fija parámetros para la invocación fisiológica o patológica del remedio, lo cual generará los incentivos correctos para su utilización racional por las partes, sin temor a que sus efectos sean ulteriormente revertidos por tribunales imparciales.

De igual forma, una vez se establezcan los problemas jurídicos, la presente investigación se ocupará de definir la configuración elemental del *back charge*, es decir, su noción, características y funcionamiento estándar, así como de sus principales aspectos aplicativos y disfuncionales. Para ello, se analizará si el Código Civil peruano reconoce algún remedio jurídico similar. A la par, esbozaremos algunas pautas para la incorporación equilibrada de esta figura a los contratos de construcción contemporáneos.

Es relevante destacar que el presente estudio considera detalladamente la

(1) El remedio es frecuente en estructuras que se adscriben al paradigma de los contratos de servicios en general.



configuración del *back charge* en contratos privados de construcción contemporáneos con proyección internacional, en los cuales el remedio jurídico que nos ocupa presenta un origen voluntario, es decir, uno derivado de la autonomía privada de las partes, la cual en ocasiones abraza estándares internacionales (tales como el FIDIC y NEC). Ello con el propósito de apreciar las características principales estándar de la categoría analizada.

2. Noción, fases y funcionamiento del *back charge*

El término *back charge* es polisémico, en tanto admite una pluralidad de significados. Así, por un lado, podemos referirnos al *back charge* como remedio jurídico, mientras que, por el otro, se puede aludir al término como objeto del reclamo (cobro inverso o revertido) de la parte legitimada a activarlo.

En primer lugar, la praxis transaccional internacional, influenciada por los desarrollos provenientes del *common law*, concibe al *back charge* como un remedio jurídico voluntario y no legislativo. Luego, para estar a disposición de los contrayentes, la figura debe ser estipulada en cada contrato de construcción o debe estar contemplada en el modelo estándar internacional que las partes elijan emplear para implementar un proyecto específico.

De manera muy genérica, se puede aseverar que en el *civil law* un remedio jurídico es un instrumento legal que canaliza la reacción del ordenamiento frente a la lesión o el peligro de lesión de un interés relevante (en tanto favorecido por el Derecho objetivo). Esta reacción se encuentra orientada hacia la protección del sujeto lesionado o amenazado (Priori, 2012, p. 538; Fernández, 2015, p. 399⁽²⁾). Todo remedio cuenta con tres planos:

- El plano de los requisitos de configuración o plano del supuesto de hecho.

- El plano de los derechos subjetivos o prerrogativas a favor de la parte afectada.
- El plano de límites para el ejercicio de las prerrogativas aludidas en el acápite anterior⁽³⁾.

Los requisitos del remedio jurídico son aquellos elementos cuya concurrencia conjunta, a nivel del supuesto de hecho, resulta indispensable para el nacimiento de los derechos subjetivos asociados al remedio⁽⁴⁾. Estos últimos constituyen el segundo plano del remedio, es decir, su contenido esencial. Por su parte, los límites representan los mecanismos de defensa (derivados de la ley o del pacto) que pueden ser invocados por una de las partes para neutralizar la aplicación del remedio por la contraparte. Cuando se verifique alguno de los límites, la parte que lo invoca podrá oponerse legítimamente a los efectos del remedio invocados por el contrario⁽⁵⁾.

A través de la cláusula de *back charge*, el comitente adquiere, bajo diversos requisitos que giran en torno al incumplimiento del contratista, el derecho de (i) asumir directa o indirectamente la actividad no ejecutada por el contratista y, posteriormente, (ii) trasladarle a este deudor, frecuentemente vía compensación, los costos incurridos con ocasión al curso de acción tomado por el comitente⁽⁶⁾. Una vez el que el comitente asume la prestación del contratista, esta se puede desarrollar de dos modos; por un lado, la asunción indirecta es cuando el comitente

(2) El autor considera que los remedios jurídicos agrupados en base a un criterio de afinidad dan lugar a tutelas. Y es que los primeros serían medios concretos puestos a disposición del sujeto para hacer efectiva una forma de protección concedida por el ordenamiento jurídico.

(3) La doctrina moderna aborda la diferencia entre el primer y el último concepto de la siguiente manera: "Cuando hablamos del supuesto de la pretensión, estamos dando respuesta a la siguiente interrogante: ¿tiene el acreedor, el caso concreto, derecho a exigir el cumplimiento? En cambio, cuando la interrogante refiere a los límites, no está en discusión el derecho del acreedor a hacer cumplir lo pactado, sino su ejercicio en tal caso. En otros términos, la pregunta es ¿puede el acreedor, ante la infracción contractual de su deudor, ejercitar su derecho (...)?" (Momborg y Vidal, 2018, p. 2).

(4) Los remedios contractuales cuentan con requisitos de diversa índole. Así, a manera de ilustración, el Código Civil considera al incumplimiento, daño, causalidad y criterio de imputación como requisitos para el nacimiento de la obligación resarcitoria derivada de responsabilidad civil contractual.

(5) Luego, éste último se verá en la necesidad de descartar el poder jurídico restringido en pos de otras formas de tutela que tenga a su disposición efectiva.

(6) Cierta opinión considera que el *back charge* es una figura de uso y costumbre común en los contratos de construcción equiparable a la intervención de la obra por el comitente. Según este parecer, el comitente interviene en contrato de construcción encargando a terceros la ejecución de una parte de la obra asignada al contratista, para apoyarle en la ejecución de la obra cuando el comitente considera que hay atraso imputable al contratista y que éste último no será capaz por sí mismo de superar tal atraso. Dicho encargo a terceros se realiza sin retiro de partidas contractuales, es decir, la obligación de ejecutar la obra contratada sigue siendo responsabilidad del contratista en su totalidad (Mallma, 2018, p. 26).



delega su ejecución a un tercero contratado por dicho acreedor. En cambio, la asunción será directa cuando el comitente se encarga que la actividad omitida mediante sus propios recursos y organización interna.

El ejercicio de los derechos derivados del *back charge* no ocasiona la ineficacia total ni parcial de la relación creada por el contrato de construcción, ya que este remedio es conservativo. Esto quiere decir que se encuentra dirigido “a conservar el contrato, aportando las correcciones necesarias y suficientes para reaccionar de modo adecuado contra el defecto o el factor de perturbación que lo aflige” (Roppo, 2009, p. 671). Dicho de otra manera, la aplicación del *back charge* no extingue el contrato (a diferencia de la resolución) ni implica el retiro de partidas inicialmente contratadas (Mallma, 2018, p. 26), a diferencia de las variaciones unilaterales, deductivos o *descoping*⁽⁷⁾.

En efecto, tras el ejercicio de la sustitución por el comitente, la relación contractual en la que participan éste y al contratista continuará en vigor con su mismo contenido. El precio contractualmente acordado no se reducirá y deberá ser pagado. Empero, el acreedor perjudicado por el incumplimiento del deudor tendrá derecho a ser integralmente compensado por el contratista en vista de los costos asumidos con ocasión al reemplazo.

Una segunda perspectiva del *back charge* lo identifica como objeto (dinerario) del reclamo del comitente. Bajo este concepto, vendría a ser un cargo inverso o cobro revertido constituido por los daños que el dueño de la obra sufre a causa incumplimiento del contratista, los cuales el comitente podrá liquidar y repercutir en su contraparte. Desde este punto de vista:

(l)os daños y perjuicios por incumplimiento de contrato que un contratista de nivel superior reclama a un contratista de nivel inferior se denominan *back charges*. Los *back charges* son daños y perjuicios por los que el contratista de banda superior busca una compensación contra el contrato del subcontratista de banda inferior, si el contratista de banda superior se ha visto obligado a remediar, completar o subsanar deficiencias en el trabajo del contratista de banda inferior. Los *back charges* también pueden incluir compensaciones por parte del contratista de la banda superior para corregir el trabajo realizado incorrectamente, o dinero que el contratista de banda superior tuvo que pagar para que se completara el trabajo del subcontratista. Sin embargo, los *back charges* permitidos no pueden incluir pagos por trabajos que queden fuera del ámbito del

subcontrato original (Norris et. al, 2018, p. 1).

De acuerdo con esta noción expuesta, el *back charge* vendría a estar compuesta por

(f)acturaciones correspondientes a trabajos realizados o costos incurridos por una parte que, según el acuerdo, debería haber sido realizado o incurrido por la parte a la que se factura. Los propietarios facturan a los contratistas generales y éstos a los subcontratistas. Ejemplos de *back charges* incluyen los cargos por trabajos de limpieza o por reparar algo dañado por otro subcontratista (Cornell University, 2005, s/p).

Por lo tanto, bajo esta segunda definición, un *back charge* implica que el contratista reclama costos imprevistos o retiene dinero relacionado con el pago que debe hacer al subcontratista, con el fin de cubrir servicios supuestamente prestados o costos incurridos por el contratista principal en relación con el trabajo del subcontratista (Kim y Jun, 2021, p. 3).

Es de suma importancia mencionar que en el presente trabajo, cuando aludamos al *back charge*, nos referiremos primordialmente a la primera acepción del término, esto es, a aquella que la concibe como un remedio jurídico voluntario que, como tal, cuenta con requisitos para su configuración, derechos subjetivos (a favor del comitente) y límites en el ejercicio de estos derechos⁽⁸⁾.

En su configuración estándar (que resulta en este punto alineada a la práctica nacional de contratos sofisticados internacionales), son requisitos del *back charge*:

- La estipulación voluntaria del remedio jurídico.
- El evento de incumplimiento del contratista.
- Que el incumplimiento pueda ser remediado mediante una prestación fungible en armonía con el interés del acreedor.

(7) El término *back charge* suele utilizarse para denominar al derecho del comitente, el cual introduce unilateralmente reducciones al alcance de trabajos del contratista. Estas variaciones eliminan prestaciones (partidas completas o cantidades de trabajo) originalmente asignadas al contratista. Las prestaciones eliminadas no serán ejecutadas por terceros o no lo serán necesariamente. En cambio, el *back charge* no modifica (por reducción) el alcance del contratista, quien sigue vinculado contractualmente conforme a lo originalmente estipulado.

(8) Sin embargo, somos del parecer que la segunda acepción de *back charge* no resulta técnicamente incorrecta.



- Concesión de un plazo razonable de remediación a favor del contratista.
- Que el comitente afronte costos con ocasión a la sustitución del deudor.
- Que se cumpla con el procedimiento contractual pre-establecido.

La concurrencia de estos requisitos gatilla los derechos subjetivos derivados de la invocación del remedio, como son:

- Derecho a obtener directa o indirectamente la prestación incumplida por el contratista.
- Derecho a trasladar al contratista incumplidor los costos y gastos afrontados con ocasión al reemplazo.

El primer derecho subjetivo implica el derecho de sustituir al contratista en la actividad no ejecutada (o ejecutada inexactamente). Esta suerte de reemplazo se actúa ya sea mediante la contratación de la actividad de un tercero, con el que el comitente debe celebrar un nuevo acuerdo, o a través de la organización interna del propio acreedor.

El segundo derecho del comitente, que naturalmente es posterior al primero, implica el poder de ejercer medidas extrajudiciales para repercutir en el contratista incumplidor los costos afrontados por la sustitución de dicho deudor. En los contextos internacionales, ésta prerrogativa suele efectivizarse mediante una deducción de los pagos favorables al contratista⁽⁹⁾. Esta deducción representa el ejercicio del derecho de compensación por el comitente. En nuestro sistema legal, la compensación⁽¹⁰⁾ es un modo de extinción de obligaciones⁽¹¹⁾ recíprocas, líquidas, exigibles, y de prestaciones fungibles y homogéneas. Además, de ejecutarse desde que hayan sido opuestas la una a la otra⁽¹²⁾.

Como ilustración, supongamos que el contratista “C” tiene derecho a obtener un pago parcial de USD \$ 100,000 del comitente “P” por haber realizado parte de su alcance de trabajos. Sin embargo, algunas de las actividades realizadas por “C” son defectuosas y fueron observadas por la

supervisión de “P”, pues no cumplen con las especificaciones técnicas acordadas. Ante la disconformidad de “C” con las observaciones derivadas de las prestaciones defectuosas, “P” se ha visto obligado a contratar al tercero “T”, con un costo de USD \$ 28,000. Además, “P” ha gastado USD \$ 2,000 en los honorarios de los abogados que manejaron el reclamo extrajudicial destinado a que “C” corrija su actividad defectuosa, reclamo que a la postre fue infructuoso. Si el contrato entre “P” y “C” incluye una cláusula de *back charge*, “P” podrá encargar a “T” la remediación de los trabajos defectuosos realizados por “C” y, posteriormente, podrá compensar lo gastado con ocasión a la contratación de “T” (USD \$ 30,000, que incluye en este caso los pagos a “T” y los gastos de abogados) con parte de la deuda por pago parcial que tiene frente a “C” (USD \$ 100,000). Como resultado, “P” estará obligado únicamente a pagar USD \$ 70,000 a favor de “C”.

Atendiendo a otros aspectos, el remedio del *back charge* es un mecanismo que se basa en la autotutela privada contractual que, además, se caracteriza por contar con una naturaleza primordialmente adversarial. Pese a ello, este remedio puede estar incluido en contratos colaborativos. A continuación, procederemos a referir brevemente a ambos aspectos.

En primer lugar, es un remedio de autotutela, porque le permite al sujeto activo (el comitente), al menos provisionalmente, resolver un conflicto intersubjetivo de intereses mediante la imposición unilateral

(9) O, aunque en menor medida, mediante la aplicación de las garantías financieras o contractuales.

(10) Esta figura se encuentra regulada en los artículos 1288 - 1294 del Código Civil peruano.

(11) Sin embargo, la compensación no siempre extingue la totalidad de obligaciones derivadas de un título, como es el contrato de construcción. Por ende, es más preciso lo que señala un sector de la doctrina (Diez-Picazo, 2007, p. 538) para el cual la compensación opera en el campo de los subrogados del cumplimiento, como medio de liberarse de la deuda, que se produce por una mutua neutralización de dos obligaciones, cuando quien tiene que cumplir es, al mismo tiempo, acreedor de quien tiene que recibir la satisfacción.

(12) La compensación halla su razón en diversos fundamentos. Por un lado, en la “la conveniencia de simplificar la operación de cumplimiento, sustituyendo dos o más pagos con efectiva transferencia de fondos por una simple operación aritmética”. Así, apelando al criterio de la Corte Suprema en *U.S. v. Monsey Trust Co.* cierto autor opina lo siguiente: “si tú me debes X dólares y yo te debo Y, no existe necesidad de intercambiar billetes. Simplemente, podemos evitar uno del otro y la parte con el mayor balance debido paga la diferencia” (Barret, 2016, p. 63). Por el otro, en “el carácter objetivamente injusto y desleal del comportamiento de quien reclama un crédito, siendo al mismo tiempo deudor del demandado” (Diez-Picazo, 2007, p. 537). Estas razones se complementan considerando que el procedimiento de compensación se ejecuta de manera extrajudicial y, por tanto, sin los retrasos y desventajas que ocasiona su judicialización.



de la propia posición como prevalente (por medios propios, esto es, sin la colaboración del Estado)⁽¹³⁾. Así, una de las partes hace justicia por su propia mano, pues si el comitente considera razonablemente que se han verificado los requisitos para la aplicación del remedio, podrá hacer preponderar el curso de acción que estimó correcto frente a un contratista que se resista a dicha pretensión.

Dicho de otra manera, el contenido del *back charge* se puede activar de manera extrajudicial, sin necesidad de iniciar el mecanismo de solución de controversias aun cuando se encuentre presente la oposición expresa del contratista. Evidentemente, ello no impide que el contratista pueda impugnar posteriormente a través de los mecanismos de solución de controversias que corresponda.

Como se verá más adelante, la posibilidad de activar el remedio ahora analizado extrajudicialmente representa una ventaja frente a la excesivamente rígida, escueta y ambigua regulación de la ejecución por tercero a costa del deudor (homólogo funcional del *back charge* en el *civil law*) contenida en los códigos civiles continentales, como el Código Civil peruano de 1984.

En segundo lugar, el remedio tiene naturaleza adversativa, porque no está destinado a que los interesados lleven a cabo una gestión conjunta, cooperativa u organizada de los riesgos relevantes del proyecto, sino que, ante un conflicto, el remedio hace primar una sola de las pretensiones discrepantes por sobre la pretensión del otro contratante. Sin embargo, esta suerte de preponderancia del curso de acción tomado por una parte se justifica, en tanto busca evitar daños potencialmente mayúsculos a los propósitos del proyecto derivados de eventuales conductas oportunistas del deudor.

A continuación, esbozaremos el *iter* lógico del *back charge* como remedio jurídico, el cual se divide en cuatro fases cronológicamente sucesivas:

(i) Fase 1: Estipulación voluntaria del remedio jurídico en el contrato de construcción.

En esta fase, las partes, mediante el ejercicio de su autonomía privada, incorporan voluntariamente el *back charge* en su contrato de construcción. Esto significa que los contrayentes estipulan los requisitos configurativos

fácticos y procedimentales que habrán de concurrir para el surgimiento de los derechos subjetivos del comitente, así como de la extensión de estos derechos subjetivos y los límites a su ejercicio.

(ii) Fase 2: Verificación de sus requisitos configurativos en la fase de ejecución del proyecto.

Durante esta etapa, que abarca toda la fase de ejecución del contrato, es cuando se verifican los requisitos establecidos como parte del supuesto de hecho del *back charge*. A causa de ello, surgen en el comitente las prerrogativas asociadas a esta hipótesis⁽¹⁴⁾.

(iii) Fase 3: Ejercicio de los derechos subjetivos conferidos al comitente.

Esta fase se presenta si el comitente decide manifestar su voluntad y activar, en su relación con la contraparte, los derechos subjetivos que le confiere el remedio ahora examinado. Como se verá más adelante, estos poderes se encuentran entre sí en relación de antecedente-subsecuente. El reemplazo del contratista con el fin de corregir prestaciones inexactas es el antecedente lógico del poder del comitente consistente en obtener una indemnización por lo pagado al tercero reemplazante o por la implementación directa de la corrección.

(iv) Fase 4: Control jurisdiccional *ex post* de la validez del pacto y de la regularidad del ejercicio de los derechos subjetivos.

El control jurisdiccional es una fase eventual que involucra la intervención *ex post* de los tribunales. Esta etapa es eventual, porque se presentará solo si el contratista se opuso a la decisión del comitente de ejercer el *back charge* y

(13) Al respecto, Monroy (2017, p. 24) define al conflicto de intereses en los siguientes términos: "El conflicto de intereses no es otra cosa que la confluencia de intereses contrapuestos sobre un mismo bien jurídico, y el intento del titular de uno de ellos de primar sobre el otro quien, a su vez, resiste el interés ajeno (...). En los estadios primitivos de las sociedades humanas las situaciones descritas en el párrafo anterior fueron resueltas directamente por sus protagonistas utilizando la fuerza". En similar sentido, véase la opinión de La Rosa y Rivas (2018, p. 25), para quienes "[e]n la autotutela solucionar es imponer. El derecho procesal concibe a la autotutela como la búsqueda de poner fin a un conflicto a través del empleo de la fuerza para reducir a los otros involucrados. Estamos aquí ante la tutela propia – es decir, por cuenta de uno mismo – de los intereses o, en otras palabras, la defensa a través de nuestros medios". En el sistema contractual, la resolución por intimación (regulada en el artículo 1429 del Código Civil) y la excepción de incumplimiento (reguladas en el artículo 1426 del Código Civil) son ejemplos de autotutela.

(14) Para su desarrollo, véase el numeral 4 del presente trabajo.



enarbó un reclamo en base a dicha toma de postura. En tal caso, si el contratista sale victorioso en este reclamo, deberá ser resarcido por los daños sufridos, considerando que el ejercicio de los poderes del comitente no fue legítimo, sino un acto irregular equiparable a un incumplimiento. En estas situaciones, el contratista podría incluso quedar facultado para resolver el contrato, si se verifican los requisitos propios de dicha hipótesis.

3. Lógica económica y repercusiones prácticas del *back charge* en cada una de las partes

En el presente capítulo analizaremos, en primer lugar, la perspectiva del comitente. Como se ha mencionado anteriormente, el *back charge*, además de ser un remedio jurídico voluntario, es una herramienta de gestión contractual diseñada para proteger los intereses del comitente⁽¹⁵⁾. Su propósito es asegurar que el comitente obtenga aquel resultado que habría obtenido si el contratista hubiese ejecutado de manera exacta sus obligaciones bajo el contrato de construcción. En general, esta medida se encuentra destinado a evitar situaciones que frenen el avance del proyecto.

Esta herramienta le permite al comitente, mediante su decisión unilateral, superar eventuales *impasses* surgidos con su contraparte y, de este modo, privilegiar la continuidad del proyecto y la consecución de sus propósitos (alcance, tiempo, presupuesto y calidad). De manera más concreta, el *back charge* permite evitar o mitigar atrasos críticos en el cronograma a causa de incumplimientos del contratista. Con ello, el comitente reducirá la probabilidad de ser receptor de remedios asociados a atrasos (como las penalidades o ejecución de garantías) por parte del cliente final.

Lo mencionado será graficado a través de la siguiente ilustración:

En un proyecto de infraestructura, el contratista principal “MC” encarga al subcontratista electromecánico “S” la implementación de un sistema de telecomunicaciones (el “Sistema”), que incluía un alto nivel de automatización. El Sistema incluía la instalación de cables que debían pasar a través de estructuras de hormigón, las cuales no contaban con las perforaciones necesarias para tales fines.

En este contexto, se generó una controversia, en tanto “S” se negó a ejecutar las perforaciones por considerar que ello no formaba parte de su alcance de trabajos. Alegaba que “MC” debía entregarle el sitio como un queso gruyere. Por su

parte, “MC” alegó que las perforaciones sí formaban parte del alcance de trabajos del subcontratista por ser obras civiles menores. La controversia se vio agravada, en tanto si “MC” no ponía en servicio Sistema, no podía entregar al cliente final el proyecto global funcional en la fecha prometida.

Ante tales circunstancias, “MC”, el acreedor, activó la cláusula de *back charge*, a consecuencia de lo cual se vinculó libremente con el contratista de obra civil “C”, y le encargó la ejecución de las perforaciones en las estructuras de hormigón, reservándose frente a “S” el traslado de los costos.

En el ejemplo, si “MC” no hubiera aplicado el *back charge*, se habría arriesgado a que, por una situación menor, el cliente final le aplique cuantiosas penalidades e incluso le resuelva el contrato principal. Esta situación habría expuesto a “MC” a reclamos de 360°, esto es, frente a sus otros subcontratistas y consorciados.

Pero aun cuando el comitente no ejerza el *back charge*, la sola presencia de la cláusula que lo incorpora resulta ser un medio de presión efectivo que permite, por un lado, una reflexión no menor del contratista antes de mantenerse en la decisión de incumplir con sus obligaciones. Por otro lado, le otorga al comitente una posición privilegiada para negociar una solución consensuada a las disputas propias de la fase constructiva. Dicho de otra forma, el pacto estimula la proactividad y razonabilidad del contratista y le concede una ventaja de negociación a su contraparte.

Pero la utilización regular del *back charge* también podría acarrear consecuencias nocivas en el comitente, las cuales este último debería poder advertir previo a la invocación de la figura. Por un lado, como se explicará supra en el literal 5.b) del presente trabajo, la sustitución del contratista incumplidor en actividades rizomáticas (o sea, aquellas que cuentan con un gran número de interacciones con otras actividades que conforman el alcance contratado, tal como

(15) Empero, en determinadas situaciones, el *back charge* también podría ser empleado por un contratista si frente a aquel el comitente ha asumido obligaciones y responsabilidades que posteriormente incumple.



frecuentemente ocurre con las prestaciones principales) podría ocasionar graves distorsiones en la asignación de riesgos y responsabilidades de aquel contratista. En segundo lugar, si la sustitución implica la manipulación de equipos con garantías de fábrica o de funcionamiento, aquella podría ocasionar la caducidad de dichas garantías, en perjuicio del dueño de la obra.

Pasemos ahora a analizar la perspectiva del contratista. Para este contrayente, la invocación del *back charge* podría resultar una medida agresiva, pues afectará (en ocasiones directa y sensiblemente) el cronograma de flujos que el deudor tenía planificado percibir durante el desarrollo del proyecto. Ello ocurre sobre todo cuando la cláusula de *back charge* tiene añadido un pacto de compensación contra los pagos parciales a favor del contratista.

Diversos autores han destacado la importancia de los pagos parciales como medio de asegurar que el flujo dinerario llegue a los contratistas y subcontratistas, de modo que éstos no tengan que soportar la carga de financiar la totalidad de los trabajos hasta su culminación (la cual puede tomar meses o años) (Kim y Jun, 2021, p. 1). Luego, la interrupción de la circulación del flujo por aplicación de términos contractuales o requisitos, como aquel materia del presente trabajo, si bien no resulta ilegal, sí podría afectar la disposición de recursos y la capacidad financiera del contratista, con el consiguiente entorpecimiento del proyecto.

Si esta situación se generaliza (sobre todo para subcontratistas que carecen de una cartera variada de proyectos que pudieran generarle ingresos) podría producir las siguientes consecuencias negativas:

- Proliferación de reclamos y controversias impulsadas por el contratista como medio sucedáneo de financiamiento (Kim y Skibniewski, 2020, p. 1 y ss).
- Actitud beligerante y poco colaborativa del contratista.
- Probable discontinuidad continuidad del contratista en la ejecución del proyecto.
- En los casos más graves, insolvencia del contratista.

Evidentemente, las circunstancias en la lista repercutirán negativamente también en la posición del comitente, quien puede ver entorpecida la consecución de los propósitos del

proyecto, sobre todo si su contratista es altamente especializado⁽¹⁶⁾ o si cuenta con una curva de aprendizaje cuya equiparación tomará largo tiempo.

Por lo expuesto, es indispensable que aun cuando los comitentes estén legitimados a invocar el remedio jurídico examinado, lo apliquen de manera conservadora y mesurada.

4. Requisitos configuradores del *back charge*

La configuración estándar del *back charge* en los contratos internacionales de construcción ha sido modelada por términos y condiciones frecuentemente adoptadas por los agentes económicos que interactúan en la industria. En ocasiones, la aplicación de estas estipulaciones ha dado lugar a controversias que han llegado a ser conocidas por las cortes nacionales y por tribunales arbitrales internacionales. Ante esta realidad, los tribunales, además de resolver la controversia de discusión, han contribuido a depurar y adaptar las estructuras novedosas a los ordenamientos jurídicos nacionales y sus clásicos conceptos, principios y normas⁽¹⁷⁾.

En esta línea, la *Court of Queen's Bench of Alberta* en el caso *Impact Painting Ltd v Man-Shield (Alta) Construction Inc* ha propuesto una suerte de test para la aplicación de *back charge* en el sistema legal canadiense. El referido tribunal ha considerado los siguientes aspectos:

- El reembolso pretendido por el comitente debe corresponderse con un gasto real, necesario y razonable incurrido por aquel.
- Bajo los términos del contrato, el cargo que aplica el comitente debe ser uno por

(16) Ello se debe a que, por definición, éste ejecutor podría ser difícil de reemplazar en el mercado relevante.

(17) A tales fines se debe tener cuenta que, como mencionaba Ascarelli (1963, p. 7), los nuevos institutos jurídicos no surgen de improviso, sino que se desarrollan poco a poco en el tronco de los viejos institutos que incesantemente se renuevan y desempeñan nuevas funciones. Así, "la satisfacción de las nuevas exigencias solo se verifica lenta y gradualmente, y esto es precisamente para evitar comprometer la continuidad del sistema y la certeza de la norma jurídica aplicable". En palabras del autor: "Las nuevas necesidades son satisfechas, pero muchas veces por medio de viejos institutos. Y en esta adaptación la nueva exigencia es satisfecha, pero a través de un viejo instituto que trae consigo sus propias formas y su propia disciplina, y que ofrece a la nueva materia (todavía incandescente) un viejo marco ya conocido y seguro. Las viejas formas y la vieja disciplina no son abandonadas repentinamente, sino solo lenta y gradualmente, de modo que muchas veces, y por largos períodos, la nueva función está constreñida a vivir dentro de la vieja estructura, y de esta forma se regula, plasma y encuadra en el sistema".



el que cual contratista se responsabilizó o debe encontrarse en relación con alguna tarea de la que el contratista se responsabilizó.

- El comitente debe haber incurrido en el gasto, porque el contratista incumplió la responsabilidad a la que se refiere el cargo.
- Antes de incurrir en el gasto, el comitente debe haber notificado al contratista su incumplimiento y debe haberle concedido al contratista una oportunidad razonable para subsanarlo.

Si bien el test mencionado alude a características muy relevantes de la figura, creemos que termina por superponer los planos de relevancia de los remedios jurídicos (planos que, como se vio *infra*, están constituidos por los requisitos configurativos, derechos subjetivos del comitente y los límites a estos derechos subjetivos). Por ende, a continuación, expondremos los planos del *back charge* de manera coherente con el marco teórico que hemos adoptado. Esta tarea resulta indispensable para entender las características, funcionamientos y efectos jurídicos de la categoría que nos convoca.

En primer lugar, nos ocuparemos del plano de los requisitos que han de concurrir para que se produzcan los efectos del *back charge*. Los elementos que individualizaremos a continuación deben presentarse de manera copulativa para que el comitente pueda actuar los derechos subjetivos del remedio objeto del presente trabajo. En caso uno de dichos componentes no concurre, el acreedor no dispondrá de aquellas prerrogativas.

Son requisitos configurativos del *back charge* en los contratos de construcción con vocación internacional:

- La estipulación voluntaria del remedio jurídico.
- El evento de incumplimiento del contratista.
- Que el incumplimiento pueda ser remediado mediante una prestación fungible en armonía con el interés del acreedor.
- Concesión de plazo razonable de remediación a favor del contratista.
- Que el comitente afronte costos con ocasión a la sustitución del deudor.
- Que se cumpla con el procedimiento contractual pre-establecido.

Los requisitos del *back charge* no pueden ser reemplazados por el solo hecho de que el contratista haya omitido impugnar la invocación del remedio por el comitente. En ese sentido se pronunció la *Court of Appeal of California* en el caso *Great Western v. Roel* al rechazar la posición según la cual el silencio del subcontratista *Great Western*, frente a la advertencia de *back charges* de su contratista principal, era suficiente para que éste quede legitimado a cobrar los cargos. El tribunal razonó de

la siguiente forma: “(...) El silencio frente a la advertencia de que los subcontratistas serían evaluados con este tipo de cobros revertidos no equivale a una renuncia al derecho contractual que vincula su responsabilidad de pago cuando esté probada su conducta”.

A continuación, ahondaremos en cada uno de los elementos configurativos del remedio que nos ocupa.

4.1. Estipulación voluntaria del remedio jurídico

Como se mencionó *infra*, el *back charge* es un remedio voluntario y no legislativo. Por ende, requerirá ser acordado en los términos y condiciones del contrato de obra. Decimos ello pese a que la legislación peruana conoce el remedio supletorio del cumplimiento por tercero a costa del deudor, institución que, si bien presenta semejanzas con la categoría que nos ocupa, no llega a equipararse a ésta y menos aún a reemplazarla tal como este se encuentra concebida en la praxis comercial internacional⁽¹⁸⁾.

4.2. Evento de incumplimiento del contratista

El supuesto de hecho del remedio ahora examinado precisa que el contratista incumpla alguna de sus obligaciones (contractuales o legales). Por tanto, resulta necesario esbozar alguna idea sobre la noción de incumplimiento.

Se entiende por cumplimiento a la realización exacta de la prestación por el deudor obligado, en el sentido que ésta es desplegada de manera compatible con los principios rectores de la identidad, integridad y oportunidad del pago. En contraste, habrá incumplimiento cuando el deudor no realiza la prestación principal o cualquier otro deber que de la relación obligatoria resulte (Diez-Picazo, 2010, p. 12), o cuando los realiza de modo inexacto, esto es, violando alguno de los principios rectores antes enunciados. El incumplimiento puede ser absoluto o relativo. El primer supuesto se verifica ante una situación de inercia total por el deudor,

(18) Para más detalles sobre el particular, véase el numeral 8 del presente trabajo.



lo cual deviene en una segura lesión del interés creditorio. En cambio, en un incumplimiento relativo, el deudor, por exceso u omisión, despliega alguna actividad conducente al pago, pero su *performance* transgrede, por lo menos, uno de los principios que rigen el pago (identidad, integridad u oportunidad)⁽¹⁹⁾.

Para efectos de este artículo, entenderemos que la noción de evento de incumplimiento engloba genéricamente a la de vicio o defecto, conceptos que resultan asimilables (Franco, 2018, p. 192). Y es que un vicio o defecto es un supuesto de cumplimiento inexacto en el entregable del contratista. En efecto, los trabajos o materiales defectuosos son como aquellos que no cumplen con los requisitos del contrato y, por tanto, constituyen un incumplimiento del mismo. En los grandes contratos de construcción o ingeniería, se trata de trabajos que no se ajustan a las descripciones o requisitos expresos, incluidos los planos o especificaciones, junto con cualquier condición implícita en cuanto a su calidad, mano de obra, rendimiento o diseño (Duncan Wallace, 1995, p. 2015)⁽²⁰⁾.

A manera de ilustración de este punto, existirá un incumplimiento susceptible de *back charge* si el contratista “B” entrega una obra sin haber realizado la remoción de residuos sólidos a que se comprometió en el contrato. En estos casos, tras acusar la omisión de “B”, y tras verificarse los otros requisitos para la invocación del remedio, el comitente “A” (acreedor) estará habilitado para encargar la remoción de residuos a un tercero (mediante el pago de su retribución) para finalmente trasladarle a “B” los costos ocasionados.

Los términos y condiciones de los contratos pueden fijar cualidades del incumplimiento gatillador del *back charge*.

Entre estas cualidades, podrían encontrarse las siguientes: la necesidad de que el incumplimiento haya sido estipulado con precisión, su imputabilidad al contratista, su acreditación idónea o suficiente por el acreedor o su esencialidad. Tales cualidades son coyunturales y su ausencia no interferirá en la validez del pacto que incorpora al *back charge* ni a su ejercicio por el acreedor. Sin perjuicio de ello, algunas características suelen ser frecuentes en los contratos de obra modernos y su estipulación es en gran medida recomendable. Veamos.

En primer lugar, no resulta indispensable para la validez de la cláusula de *back charge* que el incumplimiento detonante se encuentre individualizado *ex ante* con total precisión, a diferencia de lo que el legislador peruano exige para el incumplimiento capaz de activar una cláusula resolutoria expresa ex artículo 1430 del Código Civil⁽²¹⁾.

Las razones de ello son tres. La primera es que el artículo 1430 contiene una norma imperativa, la cual no se aplica fuera de la hipótesis para la que ha sido prevista (la resolución por incumplimiento); y, en ese sentido, no alcanza al ámbito del *back charge*. La segunda reside en que la previsión de un incumplimiento genérico como detonante del *back charge* no vulnera ninguna norma o

(19) El Derecho moderno de los contratos muestra predilección por la categoría de cumplimiento inexacto antes que por la de incumplimiento relativo. Así, se ha definido al primero como (i) toda desviación del programa prestacional planificado por el acto de autonomía privada que ocasiona una desarmonía con el interés que las partes se propusieron satisfacer (Cf. Llambias, 1970, p. 276), y ello al margen de la graduación de la desviación (Rodríguez, 2021, p. 359 y ss.); (ii) la falta de coincidencia entre el dato ideal inicialmente acordado por las partes (lo prometido) y el dato real (lo ejecutado por el deudor) con la consiguiente insatisfacción del interés del acreedor (Vidal, 2007, pp. 16, 17 y 19); o (iii) la ausencia de correspondencia entre la prestación prometida y la ejecutada (Rodríguez, 2021, p. 361). Según este último autor, el acreedor tiene derecho a que se le cumpla debidamente, es decir, a que exista una correspondencia de la prestación ejecutada con la prestación prevista según las condiciones expresas, o implícitas que se derivan del contrato. Por lo tanto, toda desviación de las obligaciones derivadas del programa contractual considerado en su globalidad constituye incumplimiento.

Para los propósitos del presente artículo, optamos por emplear como sinónimos el incumplimiento relativo al cumplimiento inexacto. Y es que, según creemos, no existen dificultades insuperables en interpretar de manera amplia la primera categoría. Empero, puntualizamos que en el Perú debe excluirse a los eventos saneamiento de la disciplina del incumplimiento, en tanto aquellos cuentan con un régimen legal específico en el Código Civil.

(20) Sin embargo, no ignoramos que la noción de vicio o defecto se diferencia de las otras hipótesis de incumplimiento en que las primeras se encuentran primordialmente vinculadas a la aceptación de la obra (entendida como producto del trabajo del contratista), a su eventual carácter indetectable u oculto y a que las legislaciones locales y los contratos les atribuyan una disciplina ad-hoc (garantía de saneamiento por vicios o defectos), distinta a aquella aplicable a las otras hipótesis de incumplimiento.

(21) Código Civil peruano. Artículo 1430.- Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión. La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria.



principio de nuestro sistema legal y, por ende, sería admisible que el comitente cuente con esta prerrogativa bajo lineamientos amplios, aunque no por ello ilimitadamente discrecionales. La tercera es que, aun si la necesidad legal de que el incumplimiento gatillador de *back charge* esté absolutamente individualizado y derivase de una norma imperativa, *quod non*, el preaviso dado al contratista como condicionante para el ejercicio del *back charge* cumpliría una función colateral de individualización del incumplimiento antes de la aplicación de la sustitución y el traslado de costos, con lo que el deudor no podría alegar desconocimiento del hecho generador y tampoco ausencia de oportunidad de remediarlo. Estaremos entonces frente a un incumplimiento determinable.

Con todo, es una buena práctica de la industria que la cláusula de *back charge* prevea una nómina detallada de eventos de incumplimiento capaces de activar el remedio. Una redacción de esta naturaleza, que es relativamente frecuente en contratos de construcción contemporáneos, abona en la claridad en los derechos y obligaciones de las partes y, consecuentemente, reduce el número de futuras controversias. En efecto, si se observa a la praxis transaccional, se advertirá que no es poco común que los eventos de incumplimiento del contratista que pueden ser corregidos vía *back charge* sean voluntariamente especificados, tal como ocurre en los siguientes supuestos concretos:

- Trabajos o materiales defectuosos.
- daños al sitio y los costos de su reparación.
- trabajos de remoción de residuos incurridos para mantener la seguridad de los trabajadores.
- el cumplimiento de las regulaciones asociadas a la salud y seguridad en el trabajo.
- actividades de andamiaje y almacenamiento.

En segundo lugar, las partes suelen acordar la necesidad de que el comitente que ejerce el *back charge* tenga la carga de acreditar el incumplimiento del contratista. Esta carga

consiste en exhibir el sustento técnico-legal razonablemente idóneo para poner en evidencia el referido incumplimiento. Así, por ejemplo, en el caso de falta de limpieza del sitio, si el comitente “A” desee invocar los efectos del *back charge*, podría verse en la necesidad de presentar fotografías fechadas, comunicaciones o asientos en el libro de obra contemporáneos, que prueben la falta de limpieza en el emplazamiento (Norris, 2023, pp. 1-2; Kim y Skibniewski, 2021, p. 7⁽²²⁾; Kisi et. al, 2020, p. 1 y ss.).

La existencia de esta carga no implica que el contratista deba mostrar su conformidad con la acreditación para viabilizar el remedio, pues ello no se condice con el carácter de derecho subjetivo del *back charge* y reduciría sensiblemente su utilidad.

Como tercera cuestión relevante, la culpa o negligencia del contratista incumplidor no es un requisito universal para la invocación del *back charge*. Ello en atención a diversas razones. Por un lado, estamos en presencia de un remedio jurídico destinado primordialmente a proteger al acreedor (comitente) y a permitir la consecución de los fines del proyecto, antes que a castigar la eventual conducta disfuncional y reprochable del deudor (contratista). Por otro lado, la tendencia internacional es determinar que los incumplimientos del contratista de construcción tienen un criterio de imputación primordialmente objetivo, lo cual se debe a los inconvenientes que acarrea la prueba de la negligencia o culpa⁽²³⁾. Esta realidad contrasta

(22) La sustentación idónea del incumplimiento presupone una labor meticulosa de documentación por el contratista general. Sin embargo, la documentación por el comitente también podría ayudar a refutar regularmente un reclamo asociado al ejercicio del *back charge*. Así lo consideran ciertos autores:

“Una documentación meticulosa parece esencial tanto para los contratistas como para los subcontratistas. Mantener registros detallados ayudará a respaldar o refutar cualquier cargo retroactivo. Para el contratista, será imperativo incluir tantos detalles como sea posible al presentar un aviso de trabajo defectuoso, como un informe de no conformidad, un informe de inspección, resultados de pruebas de calidad y similares. Si el subcontratista decide tomar medidas correctoras, será importante tomar fotos de los progresos para los registros. Si el subcontratista no subsana los defectos, es esencial que guardes por separado las facturas y las hojas de horas relativas a los gastos atrasados para entregárselas al subcontratista/proveedor una vez finalizada la obra. También es una buena práctica crear una cuenta separada relacionada con los defectos para registrar los costes incurridos en el libro de costes. Desde el punto de vista del subcontratista, éste también debe documentar todas las fases del trabajo realizado por él mismo” (Kim y Skibniewski, 2021, p. 7).

(23) Sin perjuicio de ello, en nuestro sistema legal, el artículo 1329 dictamina una presunción de culpa con la acreditación del incumplimiento, en los siguientes términos “[s]e presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor”.



con la exigencia de acreditar la culpa para activar el remedio materia de análisis.

En cuarto lugar, a diferencia de lo que ocurre con la resolución, no es un requisito para el *back charge* la esencialidad del incumplimiento del deudor⁽²⁴⁾. De hecho, el componente de la esencialidad suele oponerse a una de las características más importantes para la aplicación exitosa del remedio ahora examinado: la modularidad de la actividad omitida o impactada por el incumplimiento del contratista⁽²⁵⁾.

La modularidad puede ser entendida como aquella cualidad que poseen fragmentos de un sistema unitario que se caracterizan por ser primordialmente autónomos o aislados y por contar con relativamente escasas interacciones con los otros fragmentos de aquel sistema. Esto porque su propio aislamiento interrumpe el flujo de información entre aquellos fragmentos (Smith, 2006, pp. 1177, 1196).

Pensemos en una ilustración para el concepto anterior. Las perforaciones a realizar a un muro de concreto son una actividad modular del alcance del especialista encargado de implementar un sistema de telecomunicaciones. Y cuenta con esta naturaleza, fuera de permitir el tendido de cables de las diversas tecnologías, las perforaciones no interactúan en gran medida con el resto de prestaciones integrantes del *scope of works*. Si el especialista omite efectuar las perforaciones, estaremos frente a un incumplimiento lo suficientemente aislado como para que el *back charge* se aplique sin distorsiones ni inconvenientes (y, por ende, de forma exitosa). El tercero reemplazante ejecutará las perforaciones puntuales en el muro y, con una mínima coordinación (mínimo flujo de información), el especialista continuará desarrollando su alcance contratado sin mayores impactos adversos.

La modularidad de la prestación incumplida contrasta con el carácter esencial de la prestación objeto de incumplimiento.

Decimos ello, pues la enorme mayoría de prestaciones esenciales a cargo contratista son rizomáticas (esto es, justamente lo opuesto a modulares). Un fragmento que integra un sistema unitario es rizomático cuando dicho fragmento no es autónomo ni se encuentra aislado, sino que cuenta con un gran número de interacciones internas con los otros fragmentos del sistema; entonces, existe un considerable flujo de información entre aquel fragmento y los otros. En un sistema rizomático existe lo siguiente:

Un elevado número de partes que interactúan de una forma compleja. En tales sistemas el todo es más que la suma de sus partes, no en un sentido ulterior metafísico, sino en el importante sentido pragmático de que, dadas las propiedades de las partes y las leyes de su interacción, no es una cuestión trivial deducir las propiedades del todo” (Smith, 2006, p. 1180).

Por lo expuesto, como regla, el *back charge* no está concebido para el incumplimiento de actividades altamente rizomáticas del alcance de trabajos (tales como las prestaciones esenciales, que cuentan con un gran número de interfaces con todos los otros componentes del *scope*). Y es que colocar a un tercero ejecutor ajeno al proyecto a cargo de una tarea rizomática manteniendo el vínculo del contratista incumplidor original acarrea una elevada probabilidad de distorsiones en la asignación de riesgos y responsabilidades de

(24) En el Perú, remedios contractuales como la resolución por incumplimiento requieren de la verificación de un incumplimiento esencial. Si bien tal requisito no se encuentra expresado en el Código Civil, sí fluye de importantes principios como la buena fe objetiva, el *pacta sunt servanda* y el principio de conservación de los negocios jurídicos. En nuestro país, el IX Pleno Casatorio Civil ha ensayado la siguiente definición de incumplimiento esencial en su Consideración 94:

“[Q]ue el incumplimiento, esto es, tanto el incumplimiento total como el cumplimiento inexacto (cumplimiento parcial, tardío o defectuoso), sea uno importante o relevante, es decir, que la prestación incumplida afecte gravemente la economía del contrato y el interés que tenía el acreedor en el cumplimiento de la prestación insatisfecha”.

Además, mediante la introducción de una cláusula resolutoria expresa, las partes podrían *esencializar* un incumplimiento en sí mismo no material o, lo que es similar, podrían derogar el requisito de la esencialidad objetiva para activar el remedio de la resolución.

(25) Según el autor (Smith, 2006, p. 1196, 1201), la modularidad se caracteriza por la *división* o *descomposición* de la realidad compleja, por la sustitución (“un módulo puede ser sustituido por otro en la medida que lleven a cabo la función especificada”), por la *incrementalidad* (en tanto un nuevo módulo puede ser incorporado al sistema sin excesiva disrupción del resto), por la *transferibilidad*, (en tanto los módulos pueden ser tomados de un sistema e insertados en otro, toda vez que las conexiones entre el módulo y el mundo exterior, el resto del sistema, especialmente el contrato y el contexto económico, son escasas y estandarizadas, el proceso de transferencia no causará disrupciones”) y por la potencialidad evolutiva (puede configurarse una respuesta a la presión del entorno en uno de los componentes o fragmentos sin causar que el resto del sistema falle). Según esta posición (Smith, 2006, p. 1180), la modularidad permite “que el trabajo vaya en paralelo y facilita ciertas clases de innovación y evolución por una simple razón: un ajuste puede ocurrir dentro de los módulos sin causar reacciones en cadena mayores”.



los interesados en el proyecto. Esta situación podría generar mayores problemas que los que el remedio ahora evaluado puede solucionar.

Pasando a otro punto relativo al evento detonante del *back charge*, se debe mencionar que, por extensión, aquel remedio podría configurarse ante eventos que en estricto no califican ni legal ni contractualmente como incumplimiento. Ello ocurriría, por ejemplo, con el pago del contratista por servicios prestados por el comitente a su contraparte con ocasión a la ejecución del proyecto. Tal sería el caso de los consumos de energía eléctrica provisional, agua y otros suministros, la elaboración de credenciales uniformes para todos los trabajadores de los subcontratistas del contratista, el uso de instalaciones del comitente (como iluminación o aire comprimido) que, de no ser por las necesidades del contratista, aquel pudo haberlas desmontado.

4.3. Que el incumplimiento pueda ser remediado mediante una prestación fungible conforme al interés del acreedor

La actividad omitida o ejecutada inexactamente por el contratista debe poder ser desplegada o corregida por un sujeto distinto a aquel, en sintonía con el interés del acreedor. Por lo tanto, el *back charge* no se encuentra *prima facie* diseñado para sustituir o corregir prestaciones infungibles o personalísimas (tal como ocurriría con la transferencia de licencias protegidas por derechos de propiedad intelectual pertenecientes exclusivamente a un contratista).

En lenguaje legal, la prestación pretendida por el acreedor y, por tanto, su remediación deben ser fungibles. La doctrina del *civil law* suele catalogar como fungible a aquella prestación de hacer que puede ser ejecutada por un individuo distinto al deudor original (Beltrán, 2016, pp. 358, 369⁽²⁶⁾; cf. Bianca, 2007, p. 81; Hinestroza, 2019, p. 11), quien vendría a ser sustituible (Domínguez, 2018, p. 464; Moreno, 1976, p. 470; Monroy, 2014, p. 14; Ledesma, 2008, p. 464). La actuación del reemplazante del deudor de la prestación fungible (esto es, el tercero⁽²⁷⁾) se verificaría sin menoscabar la satisfacción del interés del acreedor. En otras palabras, en las prestaciones fungibles, la *performance* del sustituto reportaría contenido y resultados tan satisfactorios para el acreedor como la *performance* personal del deudor (cf. Ferrero, 2004, p. 55; Cornejo, 1938, p. 125; Petersen, 2017, p. 47).

En realidad, el rasgo principal de la obligación fungible reside en que el interés del acreedor, que es “es el norte o guía que ha de dirigir la actuación del obligado para que, satisfaciéndolo,

se cumpla el programa previsto al constituirse aquella” (Moreno, 1976, pp. 473, 482), es uno indiferente o impersonal, pues para su satisfacción no revisten importancia ni la identidad ni las cualidades personales del obligado con ocasión al despliegue de la *performance*, dado que aquellas cualidades no han sido tenidas en mira por el acreedor (Borda, 1004, p. 209). Se trata entonces un interés “susceptible de ser realizado sin el concurso directo del deudor” (Moreno, 1976, p. 499).

Aquel peculiar interés creditorio indiferente o impersonal puede ser satisfecho con consecuencias jurídicas idénticas y sin alteración de su substancia (Llambías, 1970, p. 287), por una conducta propia del deudor o por una conducta ajena a éste (esto es, por el pago espontáneo por tercero, por un auxiliar o subcontratista del deudor o por la ejecución de un tercero a costa del deudor). Dicho de otra manera, en las obligaciones fungibles la conducta debida por el deudor consiste en ejecutar personalmente una actividad o causar que ésta sea ejecutada. Se trata de obligaciones de “procurar que sea hecho” (Manrique, 1999, p. 64), planificación donde queda comprendido tanto el hacer del deudor como el hacer de un tercero.

Si, por la naturaleza de la obligación, por las circunstancias o por el pacto, la actividad de remediación a cargo de un contratista es personalísima, el *back charge* podría quedar excluido a ojos del comitente, en tanto, por definición, el eventual tercero reemplazante (al ser distinto al deudor de la prestación personalísima) carecerá de las cualidades que le permitan con su actuación satisfacer el interés del acreedor.

Sin embargo, creemos que el tema amerita una reflexión un tanto más detenida. Es claro que, en el marco de un proyecto de construcción, un contratista puede asumir obligaciones personalísimas, como la de proveer cierto tipo de *software* respecto al

(26) Considera que esta clasificación no es exclusiva de las obligaciones de hacer, pues puede tocar también a las obligaciones de dar e incluso a las de no hacer.

(27) El tercero podría ser uno colocado por el propio deudor o algún sustituto designado por el acreedor.



cual solo aquél tiene derechos de propiedad intelectual, la de ejecutar una actividad para la cual solo aquel ha ganado una elevada curva de aprendizaje y *expertise* o la de desplegar cierta actividad mediante personal clave individualizado en la fase de licitación.

En los casos descritos, las legislaciones locales suelen neutralizar la pretensión del comitente consistente en obtener el cumplimiento específico, la cual estaría dirigida a lograr que dicho acreedor obtenga de su deudor (i) la prestación inicialmente debida (Manrique de Lara, 1999, p. 43), en sus propios términos (Ledesma, 2008, p. 466), lo pactado conforme con el contrato (Momborg y Vidal, 2018, p. 1) en observancia del *pacta sunt servanda*, (iii) la organización de intereses programada (Luminoso citado por Bianca, 2009, p. 263) o (iv) “en la medida más cercana posible, el contenido de su negociación” (Treitel, 2011, p. 43)⁽²⁸⁾.

En nuestro país, el inciso 1 del artículo 1150 del Código Civil limita el cumplimiento específico (incluso aquel requerido al juez mediante la ejecución forzada) cuando aquel suponga “emplear violencia contra la persona del deudor”, límite que, como se dijo, será primordialmente aplicable a obligaciones personalísimas. Como se advierte, el Código Civil impide la aplicación de violencia contra el contratista y, por extensión, la disminución de su libertad de cara a la obtención del cumplimiento del alcance⁽²⁹⁾.

Sin perjuicio de la limitación apenas referida, parece razonable y eficiente permitirle al acreedor, víctima del incumplimiento, decidir libremente si ejercer o no las prerrogativas contenidas en el *back charge* incluso cuando la actividad omitida o su remediación sean personalísimas. Y es que si lo que se encuentra en juego es el interés disponible del acreedor lesionado por el incumplimiento y si no se presencia vulneración alguna de normas imperativas, no parece plausible excluir de antemano la posibilidad de que el contratista obligado a un hacer infungible pueda ser reemplazado por el propio acreedor o por un tercero cuya ejecución satisfaga un interés sustancialmente idéntico al ostentado originalmente por el comitente. Estaríamos entonces frente a una renuncia del

comitente al carácter personalísimo de la prestación y la tutela legal reservada a tales hipótesis.

4.4. Concesión de plazo razonable de remediación a favor del contratista

Los pactos estándar de *back charge* asignan al comitente la carga de conceder al contratista un plazo de remediación (también denominado período de cura) durante el cual aquel deudor tendrá la oportunidad de corregir su incumplimiento y evitar, de esta forma, que el acreedor pueda ejercer los poderes asociados al remedio analizado⁽³⁰⁾.

La concesión del período de cura es un requisito diseñado en interés del contratista y que contribuye a la posición de equilibrio entre el deudor y el acreedor (Rodríguez, 2021, p. 359). En efecto, el plazo le permite al deudor evitar total o parcialmente (o al menos contener y no agravar) los daños originados por su propio incumplimiento. Y es que factores como la curva de aprendizaje ganada por el deudor respecto al proyecto que ya viene ejecutando le podrían permitir ocuparse de corregir su prestación defectuosa a menores costos que el acreedor o que el tercero reemplazante eventualmente contratado por éste.

En esta línea, en el caso *McClain v. Kimbrough Constr.*, de la jurisprudencia americana, el tribunal concluyó que “(l) a exigencia de notificación es una norma sólida concebida para permitir a la parte incumplidora reparar la obra defectuosa, reducir los daños y perjuicios, evitar nuevas prestaciones defectuosas y promover la resolución informal de litigios”.

-
- (28) El derecho moderno de los contratos puntualiza que el cumplimiento específico incluye a la reparación y a la sustitución de las prestaciones ejecutadas inexactamente. En estos casos, no se debe confundir la acción de cumplimiento con el resarcimiento en forma específica. Mientras la última impone una prestación sucedánea a la originalmente debida, la condena al cumplimiento expresa lo que el deudor está obligado a ejecutar. La pertenencia de este fenómeno al cumplimiento específico o al resarcimiento por equivalente puede ser difusa (Treitel, 2011, p. 1). Empero, el Código Civil peruano concibe a esta institución como garantías de saneamiento.
- (29) En jurisprudencia internacional, véase al respecto el interesante y extenso fallo de la *Hong Kong Court Of Final Appeal* en el caso *Xiamen Xinjingdi Group Co Ltd v. Eton Properties Limited* (2020).
- (30) Por definición, el ejercicio del *back charge* generará mayores costos que el daño incurrido en cabeza del comitente, pues implica por lo menos una puesta en marcha de una organización administrativa de éste, judicial e incluso extrajudicial, para lograr la consecución de su objetivo: obtener el resultado que el contratista no le procuró quedando indemne. Luego, debe estar en manos del contratista evitar la magnitud del daño por el causado.



El derecho del contratista a corregir su propio incumplimiento previo a la exposición a remedios más intrusivos se encuentra respaldado por los modelos jurídicos comparados⁽³¹⁾. Ejemplo

de ello es la robusta regulación dedicada por el título relativo a la Propiedad del *Tennessee Code* (2021) a la remediación del

- (31) Y no nos referimos únicamente a los estándares de contratos de construcción, sino también a los cuerpos normativos de armonización del Derecho contractual a nivel internacional. Así, solo a manera de ejemplo, el artículo 7.1.4. de los Principios UNIDROIT (2016): Principios UNIDROIT (2016). Artículo 7.1.4. (Subsanación del incumplimiento)
- (1) La parte incumplidora puede subsanar a su cargo cualquier incumplimiento, siempre y cuando:
 - (a) notifique sin demora injustificada a la parte perjudicada la forma y el momento propuesto para la subsanación;
 - (b) la subsanación sea apropiada a las circunstancias;
 - (c) la parte perjudicada carezca de interés legítimo para rechazarla; y
 - (d) dicha subsanación se lleve a cabo sin demora.
 - (2) La notificación de que el contrato ha sido resuelto no excluye el derecho a subsanar el incumplimiento.
 - (3) Los derechos de la parte perjudicada que sean incompatibles con el cumplimiento de la parte incumplidora se suspenden desde la notificación efectiva de la subsanación hasta el vencimiento del plazo para subsanar.
 - (4) La parte perjudicada puede suspender su propia prestación mientras se encuentre pendiente la subsanación.
 - (5) A pesar de la subsanación, la parte perjudicada conserva el derecho a reclamar el resarcimiento por el retraso y por cualquier daño causado o que no pudo ser evitado por la subsanación".
- (32) *Tennessee Code* (2021).- Título 66 – Propiedad. Capítulo 36 - Defectos de construcción. 66-36-103. Procedimientos y requisitos para la notificación y subsanación de defectos de construcción.
- (a) En acciones entabladas contra un contratista, subcontratista, proveedor o profesional del diseño relacionadas con un supuesto defecto de construcción, el reclamante deberá, antes de entablar una acción, **notificar por escrito la reclamación al contratista**, subcontratista, proveedor o profesional del diseño, según corresponda. El reclamante procurará entregar la notificación de reclamación dentro de los quince (15) días posteriores al descubrimiento de un supuesto defecto, pero la falta de entrega de la notificación de reclamación dentro de los quince (15) días no impide la presentación de una acción, sujeta al § 66-36-102.
 - (b) Dentro de los diez (10) días hábiles posteriores a la notificación del reclamo, **el contratista, subcontratista, proveedor o profesional de diseño puede inspeccionar la estructura para evaluar cada supuesto defecto de construcción**. El reclamante proporcionará al contratista, subcontratista, proveedor o profesional de diseño y a sus contratistas o agentes acceso razonable a la estructura durante las horas normales de trabajo para inspeccionar la estructura, determinar la naturaleza y causa de cada supuesto defecto de construcción, y la naturaleza y extensión de cualquier corrección, reparación o reemplazo necesario para remediar cada defecto. La inspección podrá incluir pruebas destructivas. Antes de realizar cualquier prueba destructiva, la persona que desee realizarla notificará por escrito al demandante el tipo de prueba que se va a realizar, los daños previstos en la estructura que causarían las pruebas y las correcciones o reparaciones previstas que serán necesarias para corregir o reparar cualquier daño causado por las pruebas. La persona que realice las pruebas será responsable de corregir y reparar cualquier daño causado a la estructura por las pruebas.
 - (c) En un plazo de diez (10) días a partir de la notificación de la reclamación, el contratista, subcontratista, proveedor y profesional del diseño deberá enviar una copia de la notificación de la reclamación a cada contratista, subcontratista, proveedor o profesional del diseño que considere razonablemente responsable de cada defecto especificado en la notificación de la reclamación y anotar el defecto específico del que considere responsable al contratista, subcontratista, proveedor o profesional del diseño en particular. Cada uno de dichos contratistas, subcontratistas, proveedores y profesionales del diseño podrá inspeccionar la estructura según lo dispuesto en la subsección (b) dentro de los diez (10) días hábiles posteriores a la recepción de una copia de la notificación.
 - (d) Dentro de los diez (10) días hábiles posteriores a la recepción de una copia de la notificación de reclamo, el contratista, subcontratista, proveedor o profesional de diseño deberá entregar una respuesta por escrito al contratista, subcontratista, proveedor o profesional de diseño que entregó una copia de la notificación de reclamo. La respuesta por escrito deberá incluir un informe del alcance de cualquier inspección de la estructura, los hallazgos y resultados de la inspección, una declaración de si el contratista, subcontratista, proveedor o profesional de diseño está dispuesto a realizar correcciones o reparaciones a la estructura o si disputa el reclamo, una descripción de cualquier corrección o reparación que esté dispuesto a realizar para remediar el supuesto defecto de construcción y un cronograma para la finalización de dichas correcciones o reparaciones.
 - (e) Dentro de los treinta (30) días siguientes a la recepción de la notificación de reclamación, cada contratista, subcontratista, proveedor o profesional del diseño deberá entregar una respuesta por escrito al reclamante. La respuesta escrita deberá incluir
 1. Una oferta por escrito para remediar el supuesto defecto de construcción sin costo alguno para el reclamante, incluyendo un informe del alcance de la inspección, los hallazgos y resultados de la inspección, una descripción detallada de las correcciones o reparaciones necesarias para remediar el defecto, y un cronograma para la finalización de dichas reparaciones.
 2. Una oferta por escrito para transigir y resolver la reclamación mediante un pago monetario que deberá abonarse en un plazo de treinta (30) días a partir de la aceptación de la oferta por parte del reclamante.
 3. Una declaración escrita de que el contratista, subcontratista, proveedor o profesional del diseño impugna el reclamo y no subsanará el defecto ni se comprometerá a resolver el reclamo.
 - (f) Si el contratista, subcontratista, proveedor o profesional de diseño ofrece remediar el supuesto defecto de construcción o comprometerse y resolver el reclamo mediante un pago monetario, la respuesta por escrito deberá contener una declaración



contratista, norma que reconoce aspectos importantes como (i) la necesidad de notificar por escrito el requerimiento de remediación, (ii) la necesidad de conceder al deudor acceso razonable al sitio para evaluar cada supuesto defecto de construcción (e incluso el derecho de realizar pruebas de los componentes de la obra), (iii) el deber del contratista de involucrar a los otros ejecutores que presuntamente habrían concurrido a la ocurrencia del defecto y (iv) el derecho de ofrecer una subsanación directa o un acuerdo destinado a solucionar el litigio, en caso se considere responsable⁽³²⁾. Otro componente importante relacionado al período de cura es conceder al contratista la posibilidad de efectuar descargos sin necesidad de aceptar la responsabilidad por la tarea supuestamente omitida o ejecutada de manera inexacta.

Desde nuestra experiencia, consideramos que, además de los puntos enumerados, los términos y condiciones del contrato deberían definir con claridad qué parte debe asumir los costos consistentes en la indagación técnica orientada a determinar la existencia del supuesto incumplimiento o defecto a corregir y qué parte resulta responsable por aquel. En ese sentido, una regulación equilibrada podría determinar que el contratista se encuentre obligado a efectuar dicha investigación, pero que tenga derecho al reembolso de los costos incurridos si, producto de dicha indagación, se llega a dilucidar que el incumplimiento defecto no es de su responsabilidad.

Pasando a otro punto, es importante mencionar que el plazo de remediación otorgado al contratista debe ser uno razonable. Este requisito se encuentra regulado, por ejemplo, en la Cláusula 11.4 del Libro Rojo de FIDIC (2017), en los siguientes términos:

Libro Rojo FIDIC. Cláusula 11.4. Defectos posteriores a la recepción. Subcláusula 11.4. Defectos. Omisión de remediar los Defectos

Si el contratista se atrasa indebidamente en la remediación de cualquier defecto o daño en virtud de la Subcláusula 11.1 [Finalización de los Trabajos Pendientes y Remediación de los Defectos], el Propietario (o quien actúe a nombre de aquel) podrá fijar una fecha en la o el daño debe ser remediado. El Propietario (o quien actúe a nombre de aquel) otorgará al Contratista un Aviso de esta fecha establecida,

la cual le dará al Contratista un plazo razonable (teniendo debidamente en cuenta todas las circunstancias relevantes) para remediar el defecto o daño.

En nuestra opinión, un plazo genuinamente razonable debe tener en cuenta dos intereses, colocados cada uno en cabeza de una parte distinta. Por un lado, el interés del contratista, según el cual éste debe contar con una extensión temporal lo suficientemente prolongada como para que sea técnicamente factible ejecutar y culminar la actividad de subsanación, considerando las circunstancias (como la complejidad) y la naturaleza de la operación (como lo que demorarían normalmente los contratistas del mercado según el estado de la técnica existente). Por otro lado, el plazo razonable jamás puede ser excesivamente prolongado pese a que el estado de la técnica en condiciones normales lo demande así, pues ello podría terminar ocasionándole graves daños económicos al comitente o incluso haciéndole perder la utilidad de la remediación, lo cual resultaría objetivamente irrazonable considerando que el riesgo de incumplimiento debe ser uno administrado *prima facie* por el deudor que recayó en aquel supuesto.

Teniendo en cuenta los intereses descritos, la forma más equilibrada para proponer el plazo razonable para la subsanación del incumplimiento parece ser aquella por la cual, tras la solicitud del comitente, la supervisión, o *motu proprio*, el contratista efectúe una propuesta inmediata precisando el tiempo en que le sería factible culminar la corrección. El comitente debería aprobar dicha propuesta, aunque con el derecho de rechazarla por causa justificada.

Es relevante mencionar que el plazo de remediación no supone una extensión

de que se considerará que el reclamante ha aceptado la oferta si, dentro de los quince (15) días posteriores a la notificación de la respuesta por escrito, el reclamante no notifica por escrito al contratista, subcontratista, proveedor o profesional de diseño que rechaza la oferta.

- (g) Si el contratista, subcontratista, proveedor o profesional de diseño no responde a la notificación de reclamo del reclamante dentro del plazo previsto en la subsección (e), *el reclamante podrá, sin más aviso, proceder con una acción contra el contratista, subcontratista, proveedor o profesional de diseño por el reclamo descrito en la notificación de reclamo.*
- (h) El reclamante que rechaza una oferta de conciliación realizada por el contratista, subcontratista, proveedor o profesional de diseño deberá notificar por escrito dicho rechazo al contratista, subcontratista, proveedor o profesional de diseño dentro de los quince (15) días posteriores a la notificación de la oferta de conciliación. El rechazo del reclamante deberá contener la oferta de liquidación con la palabra rechazada impresa en ella.



no reflejada en el cronograma del plazo de cumplimiento de las obligaciones del contratista. Se trata, en realidad, de un término que, sin perjuicio de la existencia del incumplimiento, marca el umbral de tolerancia del comitente cuya transgresión condiciona única y exclusivamente los poderes contenidos en el *back charge*. Y es que con respecto a la culminación del plazo de remediación sin que ésta se produzca, el comitente no estará facultado para aplicar al contratista los poderes asociados al remedio abordado en el presente trabajo. No obstante ello, el contratista seguirá siendo responsable por su incumplimiento inclusive dentro del período de cura sin que queden excluidos remedios más benignos como las penalidades o el resarcimiento del daño moratorio. En este mismo sentido, véase el numeral 5 artículo 7.1.4 de los Principios UNIDROIT (2016), según el cual (...) “(a) pesar de la subsanación, la parte perjudicada conserva el derecho a reclamar el resarcimiento por el retraso y por cualquier daño causado o que no pudo ser evitado por la subsanación”.

Una vez culminado el plazo de remediación sin acción alguna por el contratista (o con una subsanación incompleta o insatisfactoria), el comitente quedará expedito para ejercer los poderes asociados al *back charge*⁽³³⁾. Esta regla operativa se aprecia, por ejemplo, a partir de una interpretación *contrario sensu* del numeral 3 del artículo 7.1.4. de los Principios UNIDROIT (2016), que señalan lo siguiente: “Los derechos de la parte perjudicada que sean incompatibles con el cumplimiento de la parte incumplidora se suspenden desde la notificación efectiva de la subsanación hasta el vencimiento del plazo para subsanar”. Claramente, el *back charge* contiene derechos subjetivos incompatibles, en tanto excluyentes, del cumplimiento específico del contratista. Estas facultades solo se encuentran suspendidas durante el período de cura, por lo que una vez transcurrido éste, el acreedor queda expedito para invocarlas.

4.5. Que el comitente afronte costos ciertos con ocasión a la sustitución del incumplidor

La asunción por el comitente de la prestación incumplida por el contratista ocasionará en aquel acreedor gastos ciertos, tanto en su existencia como en su cuantificación. Los conceptos asumidos por el comitente pueden ser de dos tipos. El primero incluirá costos pagados al tercero por sus prestaciones de

remediación o asumidos por el comitente por la propia corrección del incumplimiento mediante su organización interna. En este rubro, hallamos costos como los siguientes:

- Costos laborales adicionales.
- Costos de insumos y equipamientos extra aplicados.
- Pagos a proveedores y subcontratistas de banda inferior directamente relacionados con la remediación.
- Alquiler de equipos y herramientas.
- Utilidad.

En el segundo tipo, los costos son asumidos por la sustitución del incumplidor, el cual contendrá los daños sufridos por el comitente no por la corrección en sí misma, sino con ocasión al reemplazo. Esto es como consecuencia de la imputación al contratista y en el proceso de asunción, directa o indirecta, de la actividad defectuosa. Entre los conceptos pertenecientes a este rubro tenemos:

- Costos indirectos y gastos generales por las horas-hombre aplicadas por las áreas del comitente⁽³⁴⁾.
- Mayor supervisión del comitente.
- Honorarios de abogados asociados al ejercicio del *back charge*.

Ahora bien, no parece ser un requisito para aplicar el *back-charge* que el comitente haya incurrido efectivamente en los pagos a los terceros reemplazantes o en los costos asociados a la corrección interna del incumplimiento. Es posible acordar libremente, sin desnaturalizar el remedio examinado y en interés del comitente, que la traslación de los costos al contratista incumplidor se realice estando pendiente el pago de los conceptos antes mencionados a quien corresponda⁽³⁵⁾.

(33) El plazo de remediación también permite que las partes realicen un último intento de que el contratista ejecute la corrección o de que el comitente dé marcha atrás y negocie con el ejecutor el costo por el cual éste podrá asumir la corrección. En cualquier caso, un acuerdo es mutuamente beneficioso y evitará posteriores controversias.

(34) En opinión de Norris et. al (2018, s/p), un comitente puede tener derecho a los gastos incidentales o consecuenciales en los que haya incurrido para los problemas causados por el subcontratista.

(35) Con ello no queremos decir que el tercero reemplazante pasa a ser un acreedor del comitente, pues ello no sería compatible con el principio de relatividad de los contratos. Solo dejamos sentado que el comitente podría en cierta forma mitigar el riesgo de estar desprovisto de fondos para pagar al tercero reemplazante mediante la incorporación de la regla pay-when-paid.



Finalmente, es pertinente advertir que múltiples contratos de construcción contemporáneos confieren explícita o implícitamente al comitente el derecho de liquidar de manera unilateral los gastos asumidos con ocasión al *back charge*, para luego hacer prevalecer, mediante la compensación o descuento, dicha liquidación unilateral frente a las oposiciones del contratista. Con el poder de liquidación unilateral, una deuda ilíquida pasa a ser líquida, al menos provisionalmente, sin necesidad de algún pronunciamiento jurisdiccional. Desde luego, esta aplicación de las prerrogativas del *back charge* puede ser materia de impugnación *ex post* mediante el mecanismo de solución de controversias fijado por las partes.

4.6. Que se observe el procedimiento contractual pre-establecido

En los contratos de construcción sofisticados donde los contratistas cuentan con cierto poder de negociación, los términos y condiciones estipulados limitan la libertad del comitente de aplicar el *back charge* mediante la imposición de un procedimiento que condiciona dicha aplicación. Las fases de este procedimiento dependen en gran medida de lo estipulado por cada parte, pero algunos de los puntos más frecuentes son los siguientes:

- Necesidad de que el comitente efectúe una imputación del incumplimiento del contratista, las cual deberá estar fáctica, técnica y contractualmente sustentada.
- Concesión al contratista de la posibilidad razonable de efectuar descargos sobre los elementos mencionados en el ítem anterior, lo cual incluye la posibilidad de acceder al sitio y efectuar pruebas para recoger evidencia que le permita defenderse de la imputación.
- Necesidad de que el comitente analice objetivamente los eventuales descargos efectuados por el contratista.

- En caso el comitente persista en su imputación, otorgamiento de un plazo razonable de subsanación del incumplimiento a favor del contratista.
- Verificación del comitente del resultado de la subsanación.
- En caso persista la imputación, ejercicio de los derechos asociados al *back charge*.

Los contratos de construcción condicionan el surgimiento de los derechos subjetivos propios del *back charge* a la correcta aplicación del mencionado procedimiento. A tales fines, no basta que el procedimiento se inicie, sino que deberá necesariamente seguir todos sus pasos hasta su culminación. Del mismo modo, el contrato podría incorporar cláusulas de formalidad convencional para limitar el ejercicio del contenido del remedio que nos ocupa⁽³⁶⁾.

5. Los derechos subjetivos del comitente derivados del *back charge*

Ante la configuración de los requisitos mencionados en el numeral anterior, los contratos de construcción establecen derechos subjetivos de ejercicio unilateral y extrajudicial que surgen en cabeza del comitente. Semejantes facultades hallan su correlato las denominadas discrecionalidades contractuales del *common law*⁽³⁷⁾.

(36) Finalmente, cabe señalar que en algunos contratos la aplicación del *back-charge* requiere de la aprobación del contratista. No obstante, creemos que una regulación semejante vaciaría de contenido el carácter de remedio unilateral de la categoría examinada y se prestaría para conductas estratégicas de contratistas que busquen obstaculizar su aplicación. Con todo, en esta hipótesis, una forma razonable de mitigar esta probabilidad sería asignarle por pacto al contratista el deber de no retener irrazonablemente su aprobación.

(37) Al respecto, la *UK Supreme Court* en el caso *Braganza v. BP Shipping Limited* y otro, elaboró el siguiente razonamiento, que señala los peligros potenciales de un uso irrestricto de las discrecionalidades contractuales:

“Las cláusulas contractuales en las que se otorga a una de las partes del contrato la facultad de ejercer un poder discrecional, o de formarse una opinión sobre hechos relevantes, son extremadamente comunes. No corresponde a los tribunales reescribir el acuerdo de las partes, ni mucho menos sustituir al responsable de la toma de decisiones acordado contractualmente. No obstante, la parte encargada de tomar decisiones que afectan a los derechos de ambas partes del contrato tiene un claro conflicto de intereses. Este conflicto se acentúa cuando existe un desequilibrio significativo de poder entre las partes contratantes, como suele ocurrir en un contrato de trabajo. Por lo tanto, los tribunales han tratado de garantizar que no se abuse de tales poderes contractuales. Lo han hecho infiriendo una cláusula sobre la forma en que pueden ejercerse tales poderes, cláusula que puede variar en función de los términos del contrato y del contexto en el que se otorga el poder de decisión”.

En el caso analizado, la cláusula que le otorgó una discrecionalidad contractual a una de las partes era la siguiente: “Para evitar cualquier duda, no se pagará indemnización por muerte, lesión accidental o enfermedad si, en opinión de la Compañía o de sus aseguradores, la muerte, lesión accidental o enfermedad es consecuencia, entre otras cosas, de un acto deliberado, incumplimiento o mala conducta del Oficial, ya sea en el mar o en tierra (...).”.

Como se verá más adelante, este razonamiento también resulta aplicable a los derechos subjetivos de los contratos del *civil law*, los cuales se encuentran restringidos por límites propios a todo remedio jurídico.



El contenido del *back charge* consta de dos derechos subjetivos (o discrecionalidades contractuales) que surgen en fases cronológicamente sucesivas. La primera fase le confiere al comitente el poder de procurarse la prestación inexactamente ejecutada por el contratista, lo que importa que el comitente puede sustituir al contratista en la actividad omitida (o ejecutada inexactamente), ya sea a través del vínculo con un tercero o a través de sus propios medios organizativos. La segunda fase le atribuye al comitente el derecho a trasladar al contratista incumplidor los costos afrontados por el acreedor, incurridos o por incurrir, con ocasión al incumplimiento.

Como ya se anticipó, en los modelos internacionales, los derechos correspondientes a ambas fases mencionadas se ejercen por la vía extrajudicial mediante una notificación escrita de acuerdo con el procedimiento y requisitos acordados en las cláusulas contractuales. En efecto, en este ámbito, no se requiere de la intervención de los tribunales para autorizar la aplicación de las prerrogativas del comitente. Sin perjuicio de esto, el deudor contra quien se invocó el *back charge* estará habilitado para acudir *ex post* al mecanismo de solución de controversias acordado para impugnar un eventual ejercicio irregular de los poderes vinculados al remedio que nos ocupa.

El carácter extrajudicial de la aplicación del *back charge* es una característica trascendente del remedio en los modelos internacionales. Este carácter contrasta con la vocación *judicializadora* que predomina en los códigos civiles continentales y en la doctrina menos reciente. Y es que obligar al comitente a acudir a los tribunales para que se le autorice a invocar el remedio examinado afectaría el propósito que tiene el *back charge* en los determinados proyectos. Esto, debido a que podría provocar impactos críticos en el cronograma e irrogar incluso mayores costos a las partes. Si ello ocurre, poca sería la utilidad que se pueda extraer de un remedio como el que motiva el presente trabajo.

El carácter de remedio jurídico del *back charge* está ligado a la preponderancia provisional de la pretensión del comitente (basada en su análisis fáctico, técnico y contractual) frente a una eventual oposición, también extrajudicial, del contratista. En efecto, el comitente titular del *back charge* es un *decision-maker* de primer nivel⁽³⁸⁾ y su pretensión tendrá eficacia jurídica de pleno derecho, aunque impugnabile *ex post*.

Pero esta situación se encuentra lejos de suponer discrecionalidad irrestricta en la adopción del curso de acción del comitente. En realidad, la prevalencia temporal de la pretensión del comitente debe ser legítima y razonable en base a los propósitos generales del remedio que nos ocupa. Sin perjuicio de ello, el contratista puede objetar posteriormente la aplicación del remedio (situación que denominaremos “ejercicio irregular del *back charge*” y que analizamos en el numeral 7 del presente trabajo).

Finalmente, es necesario puntualizar que la satisfacción del interés del comitente se encuentra asociada al ejercicio eficaz de ambas fases del *back charge*. Y es que si bien la primera fase, asunción directa o indirecta de la remediación, permite asegurar la continuidad del proyecto, es la compensación, derivada de la segunda fase, la que le brindará al acreedor la indemnidad patrimonial por los costos derivados de la actividad no ejecutada (o ejecutada inexactamente) por el contratista.

A continuación, nos ocuparemos del análisis detallado de los dos derechos subjetivos, o discrecionalidades contractuales, que componen el *back charge*.

5.1. Derecho a obtener directa o indirectamente la prestación incumplida por el contratista

Como regla, el comitente debe cooperar con el contratista. La actuación cooperativa del comitente consiste, entre otras cosas, en abstenerse de interferir con el despliegue de las obligaciones constructivas y en permitir, “dejar hacer” (Mallma, 2023, p. 26)⁽³⁹⁾, que el contratista ejecute todas las partidas de la obra conforme a su planificación de plazo y recursos. Si un cliente que le había encargado al contratista ejecutar cierto

(38) El control de esta decisión le corresponderá al juez quien evitará las situaciones de abuso aunque buscando que no se contravenga el equilibrio contractual.

(39) Con ocasión al remedio de la intervención de la obra, que termina asimilando al *back charge*, el autor refleja esta idea de la siguiente forma: “A través del contrato de construcción, el contratista constructor se obliga, frente al comitente, a hacer una obra determinada y entregarla en un plazo; de ello, deriva que existe una obligación tácita del comitente. Entonces, a través de la intervención contractual, el comitente cesa unilateralmente en su obligación de “dejar hacer” al contratista, para manejar directamente la ejecución de la obra por asumir que hay un incumplimiento o riesgo de incumplimiento del contratista, con la finalidad de lograr que la obra sea culminada” (Mallma, 2023, p. 26).



alcance se vincula con un prestador para delegarle las mismas actividades previamente encargadas al contratista, aquel cliente habrá violado el acto de cooperación al que se encontraba constreñido. Por lo tanto, en el escenario planteado el comitente podría verse obligado a resarcir los daños ocasionados a su contraparte.

Sin embargo, en caso se verifiquen los requisitos del *back charge*, el comitente verá temporalmente suspendido su deber de permitir que el contratista ejecute su alcance y podrá sustituir a dicho deudor, por un tercero o por el acreedor mismo, en la actividad defectuosa u omitida. Si el comitente ejerce el mencionado poder, ello no acarreará responsabilidad civil para aquel aun cuando existan daños ocasionados a su contraparte (Mallma, 2023, p. 27)⁽⁴⁰⁾, en tanto aquel acreedor estará haciendo ejercicio legítimo de un derecho contractual.

Las alternativas por las que el comitente puede obtener la prestación inejecutada por el deudor son dos: la generación de un vínculo voluntario con un tercero reemplazante (sustitución indirecta) o la asignación de recursos pertenecientes a la organización interna del propio comitente (sustitución directa).

Bajo la primera alternativa, el comitente deberá pagar al tercero la retribución fijada voluntariamente con éste. Y es que el tercero es un prestador quien no tiene por qué asumir consecuencia negativa alguna derivada del incumplimiento antecedente del contratista original⁽⁴¹⁾.

Cuando el comitente ejerza el derecho a realizar indirectamente la prestación defectuosa u omitida, operará una sustitución peculiar del tercero por el contratista. Esta sustitución no implica que el tercero reemplazante ingrese en la posición contractual que ocupaba el contratista en el contrato ni que se desplace a este último de aquella posición, como si de una cesión de posición contractual parcial se tratase. En cambio, el comitente celebrará un nuevo contrato con el tercero reemplazante bajo el cual este último se comprometerá a ejecutar únicamente la actividad incumplida por el primer contratista a cambio de una nueva retribución.

Bajo la segunda alternativa (sustitución directa), el comitente mismo asumirá, derechamente, la prestación incumplida u omitida por el deudor. Cuando ello ocurra, el acreedor tendrá la carga de afrontar y autoliquidar los costos y gastos asociados la remediación realizada por medio de su propia organización.

Esta tarea puede revestir cierta dificultad, en tanto en tanto ciertos recursos del comitente son frecuentemente

compartidos en varios proyectos y unidades de negocio, y no están suficientemente desglosados por unidades de medida. Por ello es recomendable que cuando se aplique un *back charge* bajo estas condiciones, por ejemplo, se precise también en el procedimiento la forma de cálculo o cuantificación de recursos comunes a otros proyectos o unidades de negocio.

Pasando a otro punto, si bien el comitente decidirá si contrata o no a un tercero (y, en este caso, a qué tercero decide contratar), bajo qué condiciones y en qué oportunidad lo hace, aquel acreedor se encontrará impedido de modificar las características del proyecto, pues aún cuenta con el deber de no interferir con el resto de partidas del proyecto no vinculadas al *back charge*. Esta exigencia queda reflejada en la Subcláusula 11.4 del Libro Rojo del FIDIC (2017), según la cual el comitente tiene derecho a "llevar a cabo los trabajos o hacer que otros lo lleven a cabo (incluida cualquier repetición de pruebas), de la manera requerida en el Contrato".

Finalmente, la sustitución del contratista en la actividad omitida o defectuosamente desarrollada ocurrirá sin que el contratista se vea formalmente desplazado del rol que venía ocupando en el contrato base.

La explicitada permanencia formal del contratista tiene dos consecuencias. La primera es que el contratista seguirá obligado a dar cumplimiento a las actividades acordadas bajo el contrato distintas a la actividad materia de su incumplimiento. La segunda es que el contratista no perderá el derecho a obtener la retribución por la actividad incumplida u omitida, como sí ocurriría con las reducciones de alcance (o *descopeing*). Empero, el deudor incumplidor deberá asumir las consecuencias de su propio incumplimiento en términos de responsabilidad civil. Dicho de otra manera, el comitente que ostente el derecho a obtener directa o indirectamente la prestación

(40) La naturaleza del derecho subjetivo del comitente queda corroborada con la constatación de que, tras su ejercicio, no estará en incumplimiento de su obligación de no interferir con los trabajos por el subcontratista. Sin embargo, como se verá posteriormente, estos conceptos dinerarios serán repercutidos posteriormente en el contratista.

(41) En realidad, el *back charge*, cuando corresponda el aprovisionamiento por un tercero, propende al cumplimiento específico del contratista-deudor, mediante la actuación de un tercero sustituto y a costa del deudor original.



incumplida por el contratista no tendrá derecho a descontar del precio contractual el valor de las partidas omitidas o ejecutadas inexactamente pese a que las actividades contenidas en estas partidas serán a la postre objeto de *back charge*. La razón de ello es que el contratista asumirá el peso económico de la ejecución de las actividades omitidas o defectuosas mediante la segunda fase del remedio jurídico ahora analizado, al cual nos pasaremos a referir a continuación.

5.2. Derecho a trasladar al contratista incumplidor los costos y gastos afrontados

El comitente que ha reemplazado al contratista para la actividad incumplida y que, con ocasión a ello, ha afrontado costos y gastos ciertos ostenta el derecho a obtener de aquel deudor la recuperación patrimonial de los conceptos aludidos.

En los modelos internacionales, esta segunda prerrogativa derivada del *back charge* también se ejerce mediante una comunicación extrajudicial, en la cual para efectos del cobro deberá fijarse y sustentarse los conceptos y cantidades por los que el comitente busca ser compensado. El referido detalle resulta necesario, ya sea que el comitente haya optado por acudir a un tercero reemplazante (sustitución indirecta) o haya asignado recursos pertenecientes a su propia organización (sustitución directa).

La naturaleza jurídica del débito compensatorio que asume el contratista es la de un resarcimiento de daños y perjuicios derivado de responsabilidad civil contractual. En el ámbito del *back charge*, la tutela de la responsabilidad civil es instrumental y complementaria a la sustitución del deudor y tiene como propósito alcanzar la satisfacción plena del interés del acreedor, dejándolo patrimonialmente indemne de las consecuencias de los incumplimientos de su contraparte.

El traslado de los costos asumidos por el comitente presupone que se opere una previa liquidación, usualmente unilateral, de la cuantía de los conceptos a repercutir en su contraparte. De cara a esta operación, el comitente tiene la carga de trasladar al contratista únicamente aquellos costos ciertos (incurridos o no al momento del cobro) y que, además, resulten razonables⁽⁴²⁾.

La necesidad de que los costos trasladables al contratista sean razonables fluye de la carga de mitigación de daños. Esta regla legal en esencia propone lo siguiente: si, frente al incumplimiento del deudor, el acreedor puede evitar, contener

o reducir los daños que lo afectan mediante una conducta diligente y razonable, dicho acreedor deberá tomar todas las medidas diligentes y razonables orientadas a tales propósitos, pues, de lo contrario, perderá el derecho a ser resarcido por aquellos daños que pudo evitar, contener o reducir y no lo hizo. En el Perú, la carga de la mitigación de los daños halla su base legal en el artículo 1327 del Código Civil, según el cual “[e]l resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario”, y en la cláusula normativa general de buena fe objetiva (artículo 1362 del Código Civil).

Veamos cómo opera la razonabilidad en la asunción por el comitente de costos que serán luego trasladados al contratista, producto de la regla de la mitigación. “A” (contratista) y “B” (comitente) celebran un contrato para implementar una obra civil a cambio de una retribución. Por considerar equivocadamente que no formaba parte de su alcance de trabajos, “A” omite realizar ciertos estudios geológicos. Como consecuencia, “B” invoca el *back charge* y contrata a una de sus propias empresas vinculadas comprometiéndose a abonarle a ésta última, por los estudios geológicos, un precio de USD \$ 100,000.00, esto es, 100% más de lo que habría cobrado un prestador sustituto promedio en dicho momento y en dicho mercado relevante⁽⁴³⁾. Asumamos también que la realización de estudio geológico no formaba parte de la ruta crítica al momento en que “B” activó el *back charge*.

En tal escenario, pese a haber incurrido en un costo cierto al pagar efectivamente al prestador sustituto la retribución por la elaboración del estudio geológico, “B” sólo podrá trasladar exitosamente a “A” USD \$ 50,000.00 (la mitad del precio total abonado a aquel tercero). Ello en la medida que “B” habría podido evitar el 50% del costo

(42) En nuestro sistema legal, con ocasión a la ejecución por tercero a costa del deudor, se ha considerado que al deudor no se le puede imponer el pago de “erogaciones desproporcionadas a la naturaleza del hecho que se comprometió a realizar”. En ese sentido, la “libertad del acreedor no ha de traducirse en una mayor onerosidad para el deudor, quien solo está precisado a costear una ejecución similar –en esencia– a la omitida por él” (Ledesma, 2008, pp. 463, 470).

(43) Esto es, considerando la premura del caso y las posibilidades de encontrarlo en el mercado relevante.



incurrido empleando la diligencia comercialmente razonable. Y es que, dado que la realización de los estudios geológicos no formaba parte de la ruta crítica del proyecto a ese momento, “B” podría haber salido al mercado y solicitado cotizaciones por precios 50% menores al finalmente pagado al tercero. Dicho de otra manera, el pago en exceso de un precio 100% superior al del mercado ante un impacto no crítico resulta irrazonable y, bajo el deber de mitigación de daños, no debería ser asumido en su totalidad por el contratista pese a ser éste el incumplidor.

Sin embargo, ¿cuáles son los criterios que determinan que la asunción de un costo sea razonable y, por ende, trasladable al contratista⁽⁴⁴⁾?

Consideramos que, en principio, la razonabilidad de un costo tiene como punto de referencia a la tarifa contractualmente establecida para la partida o ítem reemplazados. Pero el valor de reemplazo no necesariamente será idéntico al valor contractual de la actividad sustituida, pues ha de atenderse en concreto a lineamientos como los siguientes:

- La urgencia de la delegación sustituta, usualmente ligada al impacto en la ruta crítica de la actividad objeto de reemplazo.
- La diferencia entre los precios de mercado existentes al celebrar el contrato y al momento de la sustitución.
- La estructura de costos interna del prestador reemplazante para ejecutar única y exclusivamente de la tarea objeto de *back charge* de manera aislada al resto del alcance del trabajo del contratista incumplidor.
- Las posibilidades razonables de provisión en el mercado relevante al momento en que se requiere ejercer el remedio.
- Los subsidios cruzados que el contratista pudo haber aplicado para la partida o actividad objeto de *back charge*.

Sobre el particular, un autor nacional se ha mostrado favorable a la postura expuesta:

Todo trabajo que va a realizar el contratista cuenta con un presupuesto que determina el límite de los costos que está dispuesto a asumir. Pero si la obra es intervenida y el comitente hace ingresar a un nuevo contratista, este último no necesariamente tendrá el mismo límite económico que el contratista original, de hecho, es normal que el nuevo contratista tenga un límite más elevado para poder afrontar la obra en menor tiempo.

Entonces, esta situación conlleva muchos conflictos contractuales y abusos por parte del comitente, pues a sabiendas que la cuenta la va a pagar el contratista original trasladándose a través de un *back charge*, el comitente tiene muchos incentivos para adoptar medida [sic.] onerosas, como por ejemplo contratar a contratistas con un alto costo o que van a emplear recursos con presupuestos muy por encima del presupuesto del contratista original (Mallma, 2023, p. 44).

Con todo, se debe notar que la determinación de la razonabilidad del precio de una actividad o insumo puede ser más difícil de fijar en contratos a suma alzada, donde no necesariamente existe un desglosado de costos vinculante que asigne a los ítems de obra un valor contractual que funja como punto de referencia.

Finalmente, se constata que una buena práctica de las áreas de procura de los comitentes para determinar un precio de mercado razonable (y, por ende, trasladable) para una actividad es la de solicitar múltiples (por ejemplo, tres) cotizaciones de proveedores y escoger la tarifa que no se aleje injustificadamente de la media. Otra buena práctica para el traslado de costos se encuentra da por la definición consensual de un valor de reemplazo vinculante para las partes o incluso la de una metodología, como la de costos reembolsables con topes máximos. En general, es recomendable alguna fórmula razonable para la cuantificación y sustento de estos costos que facilite de ser el caso el cobro al contratista.

Conforme a los modelos de contratos de construcción predominantes, si el contratista no cumple voluntariamente con el pago de los costos y gastos afrontados por el comitente

(44) Debemos anticipar que estos criterios se aplican tanto para los escenarios de sustitución del deudor por terceros como para la asunción del acreedor con su organización interna. En el primer caso, quienes realizan la remediación son terceros: proveedores o subcontratistas. En el segundo, es el comitente quien obtiene los insumos y equipamientos, así como aplica las horas-hombre y horas-máquina para llevar a cabo internamente la remediación.



que aplicó el remedio analizado en estas líneas, éste podrá obtener los referidos conceptos mediante alguna de las diversas formas:

- Mediante una compensación⁽⁴⁵⁾ con las deudas a favor del contratista (frecuentemente, los pagos parciales por progreso de trabajos).
- Mediante la ejecución total o parcial de la garantía financiera por el fiel cumplimiento del contratista (u otra garantía que cubra la prestación incumplida por el contratista).
- Aplicando el fondo de retención en garantía (en caso exista).
- Contra el patrimonio de deudores solidarios o garantes contractuales (no financieros), para lo cual deberá iniciar los procesos judiciales o arbitrales en las jurisdicciones que corresponda.

Si ninguno de estos mecanismos se encuentra a disposición del comitente, éste último no tendrá más remedio que activar el mecanismo de resolución de controversias acordado en el contrato para obtener el cobro de la deuda. En este escenario, la utilidad del *back charge* se reduce en no poca medida, pues se difiere el elemento de la indemnidad patrimonial inmediata del comitente.

Ahondaremos brevemente en la compensación, pues se trata del instrumento legal más frecuente mediante el cual los comitentes trasladan efectivamente los costos afrontados por y con ocasión al incumplimiento del contratista. En efecto, como parte de la incorporación del *back charge*, el comitente se reserva el derecho a compensar extrajudicialmente (esto es, durante la fase de ejecución contractual, mediante el mecanismo estipulado para ejercer sus derechos y sin la necesidad de iniciar un proceso o arbitraje) su acreencia (consecuencia del incumplimiento del contratista) contra sus deudas a favor del contratista.

El comitente que desee aplicar la compensación debe ser especialmente cuidadoso en pactar la *compensabilidad* de los créditos resarcitorios derivados del *back charge*, el cual suele presuponer el poder de hacer preponderar, aunque de forma provisional⁽⁴⁶⁾, la liquidación unilateral del *quantum* del crédito calculado por el acreedor.

El poder de compensación anteriormente referido es bastante relevante para el comitente, pues, con arreglo a los Derechos locales, la objeción fundamentada del contratista a la invocación del *back charge* o a la cuantía de los gastos afrontados por el comitente, podría neutralizar la certeza, la exigibilidad e incluso la liquidez de la acreencia del comitente⁽⁴⁷⁾. Esta eventual objeción podría entonces impedir legalmente la compensación a título de *back charge*, favoreciendo conductas estratégicas del contratista.

Según otro orden de cosas, en caso el comitente efectúe la compensación de forma irregular⁽⁴⁸⁾, el contratista tendrá el derecho a *ex post* acudir al mecanismo de solución de controversias acordado.

La compensación solo aplica a condición de que el contrato y la legislación lo permitan. Luego, el crédito del contratista por valorizaciones bien podría ser uno no compensable, escenario en el que el *back charge* perdería bastante de su utilidad. Usualmente, la incompensabilidad se estipula cuando el contratista cuenta con una posición fuerte de negociación y no desea correr el riesgo de que existan reclamos derivados del *back charge* que atrasen la percepción efectiva de cobros parciales. En contraste con esta alternativa, como se ha visto línea atrás, el funcionamiento estándar del *back charge* presupone la discrecionalidad contractual, unilateral, del comitente consistente en trasladar extrajudicialmente al contratista incumplidor los costos y gastos afrontados. Y ello mediante una compensación.

Finalmente, cabe señalar que el derecho a trasladar los costos se encuentra circunscrito

(45) Cabe mencionar que el derecho a compensar del comitente se diferencia radicalmente de una simple retención. Esta última consiste en el diferimiento o suspensión del cumplimiento de una obligación de pago ya exigible la cual, una vez superado el evento que determinó la suspensión, recobra exigibilidad. En cambio, la compensación es un modo de extinción de la obligación de pago, de todo que ésta última ya no será pagada en el futuro.

(46) La determinación unilateral del comitente es ulteriormente impugnabile por el deudor.

(47) Conforme a este criterio, por tanto, la simple objeción por el contratista a la existencia o cuantía de la suma que le busca atribuir el comitente convertiría a la obligación en ilíquida y, por ende, incompensable. Sin embargo, el pacto expreso suele conferirle al comitente el poder de liquidar unilateralmente, para efectos de la compensación y el *back charge*, el monto a trasladar al contratista. Evidentemente, ello sin perjuicio del derecho del contratista a impugnar *ex post* esta determinación unilateral.

(48) Al respecto, véase *supra* el numeral 7 del presente trabajo.



a lo que contractual o legalmente se acuerde como límite máximo de responsabilidad del contratista. Ello, desde luego, salvo que el daño resarcible sea consecuencia del dolo o la culpa inexcusable del contratista incumplidor.

6. La regulación del *back charge* en algunos cuerpos normativos internacionales dedicados a contratos de construcción.

A continuación, apreciaremos algunos ejemplos de regulación de las cláusulas de *back charge* contenidos en cuerpos normativos estándares relativos a contratos de construcción.

Veamos, inicialmente, la regulación contenida en el Libro Rojo del FIDIC (2017):

Libro Rojo FIDIC. Cláusula 7. Planta, materiales y mano de obra. Subcláusula 7.6 Trabajos de Remediación

(...)

Si el Contratista no cumple con las instrucciones del Ingeniero, el Propietario puede (a su sola discreción) contratar y pagar a otras personas para que realicen los trabajos. Excepto, en la medida en que el Contratista hubiera tenido derecho al pago por el trabajo en virtud de esta Subcláusula, el Propietario tendrá derecho, con sujeción a la Subcláusula 20.2 [Reclamos de pago y / o ADP] al pago por parte del Contratista de todos los costos que surjan de esta omisión. Este derecho se entenderá sin perjuicio de cualquier otro derecho que el Propietario pueda tener en virtud del Contrato o de una fuente distinta⁽⁴⁹⁾.

Se aprecia que la Cláusula 7 del Libro Rojo reconoce como requisito del *back charge* a la desviación del contratista respecto a las instrucciones del ingeniero y, como derecho subjetivo del comitente, tanto el poder de contratar y pagar a otras personas para que realicen el trabajo omitido como el poder de obtener el pago de la totalidad de los costos que surjan a consecuencia de la omisión del contratista. Además de ello, reviste importancia apreciar cómo, a criterio de FIDIC, la aplicación del *back charge* no excluye ningún otro remedio contractual ni legal a disposición del comitente, tal como sería

el caso de las penalidades moratorias⁽⁵⁰⁾.

Más adelante, la subcláusula 11.4 del Libro Rojo de FIDIC dictamina lo siguiente con ocasión a la remediación de defectos posteriores a la recepción, actividad de responsabilidad del contratista:

Libro Rojo FIDIC. Cláusula 11. Defectos posteriores a la recepción. Subcláusula 11.4. Defectos. Omisión de remediar los Defectos:

Si el contratista se atrasa indebidamente en la remediación de cualquier defecto o daño en virtud de la Subcláusula 11.1 [Finalización de los Trabajos Pendientes y Remediación de los Defectos], el Propietario (o quien actúe a nombre de aquel) podrá fijar una fecha en la o el daño debe ser remediado. El Propietario (o quien actúe a nombre de aquel) otorgará al Contratista un Aviso de esta fecha establecida, la cual le dará al Contratista un plazo razonable (teniendo debidamente en cuenta todas las circunstancias relevantes) para remediar el defecto o daño.

Si el Contratista no repara el defecto o daño en la fecha indicada en este Aviso y este trabajo de remediación iba a ser ejecutado por cuenta del Contratista según la Subcláusula 11.2 [Costos de Remediar los Defectos], el Propietario puede (a sola discreción del Propietario):

a) llevar a cabo los trabajos o hacer que otros lo lleven a cabo (incluida cualquier repetición de pruebas), de la manera requerida en el Contrato y por cuenta del Contratista, pero el Contratista no tendrá responsabilidad por este trabajo.

(49) La versión original de la norma citada es como sigue:
"Red Book FIDIC. Section 7. Plant, Materials and Workmanship
Subsection 7.6 Remedial Work

(...)

If the Contractor fails to comply with the Engineer's instruction, the Employer may (at the Employer's sole discretion) employ and pay other persons to carry out the work. Except to the extent that the Contractor would have been entitled to payment for work under this Sub-Clause, the Employer shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to payment by the Contractor of all costs arising from this failure. This entitlement shall be without prejudice to any other rights the Employer may have, under the Contract or otherwise".

(50) Aunque en este extremo resulta interesante determinar si las penalidades moratorias serían debidas hasta el momento de vinculación del acreedor con el tercero reemplazante o hasta la fecha en que se programa para éste el cumplimiento de su actividad correctiva.



El Contratante tendrá derecho con sujeción Subcláusula 20.2 [Reclamos de pago y / o EOT] al pago por parte del Contratista de los costos razonablemente incurridos por el Propietario para remediar el defecto o daño⁽⁵¹⁾.

Por un lado, la disciplina evocada coloca como eventos gatilladores de *back charge* a las omisiones y a los trabajos pendientes y defectos posteriores al momento de la recepción. Por el otro, introduce la necesidad de un plazo razonable como requisito previo para la aplicación del remedio.

Ahora bien, el punto más resaltante de la regulación del Libro Rojo es la exoneración de responsabilidad al contratista por los trabajos ejecutados por su reemplazante. Esta solución es coincidente con la del Código Civil peruano, tal como se puntualizará en el numeral 8 del presente artículo.

Por otro lado, la sección “Cláusulas básicas” del NEC4 regula al remedio materia del presente artículo de la siguiente manera:

NEC4. Cláusula 81. Responsabilidades del Contratista.

81.1. Las siguientes son las responsabilidades del Contratista a menos que se establezcan como responsabilidades del Cliente.

- Reclamaciones y procedimientos de Otros y compensación y costos debidos a Otros que surjan de o en conexión con el Contratista que Ejecuta los Trabajos.
- Pérdida o daño de las obras, Planta y Materiales y Equipos.

- Pérdida o daño a la propiedad del Cliente u ocupada por aquel, que no sean los trabajos, que surjan de o en conexión con el Contratista que Ejecuta los Trabajos.
- Muerte o lesiones corporales del personal del Contratista⁽⁵²⁾.

NEC4. Cláusula 82. Recuperación de costos

82.1 Cualquier costo que el Cliente haya pagado o deba pagar como resultado de un evento por el cual el Contratista es responsable será pagado por el Contratista.

82.2 Cualquier costo que el Contratista haya pagado o deba pagar a Otros como resultado de un evento por el cual el Cliente es responsable, será pagado por el Cliente.

82.3 El derecho de una Parte a recuperar estos costos se reduce si un evento por el cual era responsable contribuyó a la generación de los costos. La reducción es proporcional a la medida en que contribuyó el evento por el que esa Parte es responsable, teniendo en cuenta las responsabilidades de cada Parte bajo el contrato⁽⁵³⁾.

(51) La versión original de la regla citada es como sigue:

Red Book FIDIC. Section 11. Defects After Taking Over. Subsection 11.4. Failure to Remedy Defects.-

“If the remedying of any defect or damage under Sub-Clause 11.1 [Completion of Outstanding Works and Remedying Defects] is unduly delayed by the Contractor, a date may be fixed by (or on behalf of) the Employer, on or by which the defect or damage is to be remedied. A Notice of this fixed date shall be given to the Contractor by (or on behalf of) the Employer, which Notice shall allow the Contractor reasonable time (taking due regard of all relevant circumstances) to remedy the defect or damage”.

If the Contractor fails to remedy the defect or damage by the date stated in this Notice and this remedial work was to be executed at the cost of the Contractor under Sub-Clause 11.2 [Cost of Remedying Defects], the Employer may (at the Employer’s sole discretion): (a) carry out the work or have the work carried out by others (including any retesting), in the manner required under the Contract and at the Contractor’s cost, but the Contractor shall have no responsibility for this work. The Employer shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to payment by the Contractor of the costs reasonably incurred by the Employer in remedying the defect or damage.

(52) La versión original de la cláusula señala lo siguiente:

NEC4. Core Clauses. Contractor’s liabilities 81

81.1. The following are Contractor’s liabilities unless they are stated as being Client’s liabilities.

- Claims and proceedings from Others and compensation and costs payable to Others which arise from or in connection with the Contractor Providing the Works.
- Loss of or damage to the works, Plant and Materials and Equipment.
- Loss of or damage to property owned or occupied by the Client other than the works, which arises from or in connection with the Contractor Providing the Works.

Death or bodily injury to the employees of the Contractor.

(53) La versión original de la cláusula señala lo siguiente:

NEC4. CORE CLAUSES. Recovery of costs 82

82.1 Any cost which the Client has paid or will pay as a result of an event for which the Contractor is liable is paid by the Contractor.

82.2 Any cost which the Contractor has paid or will pay to Others as a result of an event for which the Client is liable is paid by the Client.



Si bien el NEC4 reconoce la categoría materia del presente trabajo, no le dedica mayor disciplina a sus requisitos configuradores, prerrogativas, límites y procedimiento. Pese a ello, no deja de ser interesante notar que, si bien normalmente la parte que invoca el *back charge* es el comitente, el NEC4 reconoce que este remedio podría también ser activado por el contratista (si es que se configura el supuesto de hecho para semejante activación).

Así, podría ocurrir que el comitente "A" no cumpla con su obligación asumida expresamente por el acuerdo frente al contratista "B", obligación consistente en realizar los estudios geológicos previos y condicionantes al inicio de trabajos de "B" en cierta área. En tal caso, si el incumplimiento de "A" persiste, el contratista "B" tendrá el derecho de efectuar los estudios necesarios mediante la contratación de un prestador, pagarle la tarifa que corresponda a éste y, posteriormente, repercutir el costo en "A".

Además de lo mencionado, lo que llama la atención de la regulación de NEC4 (Subcláusula 82.3) es la previsión de la concurrencia de culpas en el evento que detone del *back charge*. El NEC4 establece que, en casos de concurrencia, la parte afectada solo podrá recuperar parcialmente los costos incurridos con ocasión al incumplimiento de la contraparte. La regla mencionada se condice con lo establecido por el artículo 1326 del Código Civil peruano, conforme al cual "si el hecho doloso o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él deriven".

Finalmente, merece la pena mencionar la regulación del *back charge* propuesta por la *American Subcontractors Association - National* (ASA) en el estándar denominado ASA Addendum to Subcontract (2005), cuerpo normativo que tiene como propósito crear reglas neutrales para subcontratistas, quienes suelen ser la parte "débil" de los contratos de construcción. La propuesta es como sigue:

ASA Addendum to Subcontract (2005)

7. Reclamos de *backcharge*. Ningún *backcharge* o reclamación del Contratista por servicios será válido salvo acuerdo por escrito del Subcontratista antes de la

ejecución de los trabajos, excepto en el caso de que el Subcontratista incumpla algún requisito del Subcontrato. En tal caso, el Contratista notificará por escrito dicho incumplimiento al Subcontratista y le concederá un plazo razonable para corregir cualquier deficiencia antes de incurrir en cualquier costo trasladable al Subcontratista. Ningún *backcharge* será válido a menos que la facturación sea realizada a más tardar el día 15 del mes siguiente a aquel en que se incurrió con el cargo. Además, cualquier pago retenido en virtud de una reclamación por incumplimiento del Subcontratista deberá calcularse razonablemente para cubrir la responsabilidad prevista, y todos los importes de pago restantes que no estén en litigio deberán abonarse sin demora⁽⁵⁴⁾.

Coherentemente con su propósito, la ASA plasma reglas que lidian primordialmente con los intereses del sujeto pasivo del *back charge* (el subcontratista). En este sentido, la cláusula modelo propuesta por la ASA *Addendum to Subcontract* (2005), refiere lo siguiente:

- La necesidad de un acuerdo entre contratista y subcontratista previo a la procedencia de la sustitución, salvo el caso que el contratista incumpla un requisito esencial del Subcontrato.
- La concesión de un plazo razonable de remediación favorable Subcontratista.
- Mecanismos para reducir la probabilidad de que el subcontratista se descapitalice a consecuencia de las compensaciones producto del remedio ahora evaluado.
- La necesidad de que los costos trasladables sean calculados bajo un criterio de razonabilidad.

82.3 The right of a Party to recover these costs is reduced if an event for which it was liable contributed to the costs. The reduction is in proportion to the extent that the event for which that Party is liable contributed, taking into account each Party's responsibilities under the contract.

(54) La versión original de la cláusula señala lo siguiente:

ASA Addendum to Subcontract (2005). 7. Backcharge Claims.

"No backcharge or claim of Customer for services shall be valid except by an agreement in writing by Subcontractor before the work is executed, except in the case of Subcontractor's failure to meet any requirement of the subcontract. In such event, Customer shall notify Subcontractor of such default, in writing, and allow Subcontractor reasonable time to correct any deficiency before incurring any costs chargeable to Subcontractor. No backcharge shall be valid unless billing is rendered no later than the 15th day of the month following the charge being incurred. Furthermore, any payments withheld under a claim of Subcontractor default shall be reasonably calculated to cover the anticipated liability and all remaining payment amounts not in dispute shall be promptly paid".



- La no retención de importes de pago no contingentes en virtud del evento generador de *back charge*.

Los criterios establecidos de los estándares internacionales anteriormente mencionados corroboran muchas de las características y funcionamiento de la figura que los convoca. Del mismo modo, estos criterios contribuyen en buena medida a la redacción de cláusulas de *back charge* equilibradas y razonables, por lo que deben ser tenidos en cuenta por los agentes económicos dedicados a operaciones constructivas.

7. Ejercicio irregular del *back charge*

Al tratarse de una prerrogativa de ejercicio unilateral, de autotutela y extrajudicial, el *back charge* podría ser aplicado de manera irregular por el comitente⁽⁵⁵⁾. Se trata de una aplicación ilegítima y, consecuentemente, nociva e indeseada. Empero, la casuística determina que no por ello sea una hipótesis poco frecuente, por lo que conviene examinarla con detenimiento, tarea a la que nos dedicaremos en el presente acápite.

Los diversos escenarios de irregularidad del *back charge* dependerán del plano del remedio en que se manifieste el defecto o patología de la categoría estudiada. Así, la irregularidad puede situarse en (i) el plano del supuesto de hecho o requisitos, (ii) el plano de los efectos en favor de la parte afectada y (iii) el plano de los límites a los derechos colocados a favor de la parte afectada.

Un primer supuesto de aplicación irregular del *back charge* se manifiesta cuando el comitente ejerce el remedio que nos convoca, pero lo hace sin que se hayan verificado sus requisitos y, por ende, el comitente carece de las prerrogativas consistentes en asumir la prestación y trasladar los costos al contratista. Denominaremos este escenario como aplicación irregular *stricto sensu*. En estos casos, al no haber surgido los derechos asociados al *back charge*, el comitente no podrá aplicarlo eficazmente o, lo que es similar, los negocios jurídicos mediante los que canaliza la supuesta invocación del derecho serán ineficaces.

Una ilustración podría ayudarnos a entender la aplicación irregular *stricto sensu* del *back charge*. El comitente "A" efectúa una observación infundada a la entrega de la obra ofrecida por el contratista "B". En realidad, no existe omisión ni incumplimiento alguno en el contratista que realiza la entrega. Por ende, "B" rechaza la observación con la presentación de

la evidencia correspondiente y se niega a efectuar el trabajo supuestamente omitido. A consecuencia de ello, y tras iniciar el debido procedimiento, "A" emite dos negocios jurídicos en aplicación del *back charge*: (i) uno por el cual declara su decisión de encargar al tercero "X" la actividad requerida por "A" y (ii) otro por el cual traslada a "B" los costos del reemplazo, viabilizado mediante una deducción de USD \$ 50,000 de sus pagos parciales.

En el presente caso, los dos negocios jurídicos que canalizan la aplicación del *back charge* son ineficaces, y, como consecuencia de ello, no modifican la relación contractual preexistente entre "A" y "B"⁽⁵⁶⁾.

A lo anterior, se debe agregar que la invocación irregular *stricto sensu* del *back charge* coloca al comitente en una situación de incumplimiento potencialmente múltiple. Por un lado, al declarar su decisión sería y final de vincularse con un tercero para ejecutar actividades que ya formaban parte del *scope* del contratista, el dueño de la obra estará violando el deber de no interferir con los trabajos del contratista, lo cual, bajo ciertas circunstancias agravantes, podría ser apreciado como un repudio del contrato.

Por otro lado, la aplicación irregular del *back charge* por el comitente podría colocar a aquel acreedor se halle en una situación de retención ilegal de sumas de dinero destinadas a su contraparte. Ello, naturalmente, afectará la liquidez y/o la planificación de recursos del contratista, lo que incluso podría obstaculizar el cumplimiento oportuno de otras obligaciones contractuales.

Se aprecia entonces que el ejercicio del *back charge* es una potencial arma de doble filo para el comitente y que previo a su invocación se precisa de un delicado análisis técnico-legal. Y es que si el remedio es ejercido y posteriormente los tribunales juzgan que no se configuró alguno de los

(55) El ejercicio disfuncional del *back charge* ha sido considerado como un indicio muy relevante para evaluar el desempeño general de los contratistas generales con relación a sus subcontratistas por cierto autor (Birrel, 1985, p. 249).

(56) Como se advierte, en este caso, el comitente desea lograr que su contratista ejecute trabajos fuera de su alcance, lo cual debió haberse canalizado a través del procedimiento de variaciones.



requisitos del remedio, hipótesis de aplicación irregular en sentido estricto, el comitente se hallará en incumplimiento contractual⁽⁵⁷⁾. Consecuentemente, se podría generar en cabeza de aquel acreedor el deber de compensar los daños y perjuicios. Además de ello, el incumplimiento explicitado del comitente podría ameritar una sentencia o laudo cesatorio, que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura (Isler, 2015, p. 146) o incluso la aplicación de remedios de *ultima ratio* como la resolución por incumplimiento. En suma, el comitente pasará de supuesta víctima del incumplimiento a incumplidor.

Diferentes a los defectos en el plano de los requisitos del *back charge* como remedio jurídico son las irregularidades presentes cuando el negocio jurídico portador del ejercicio del remedio transgreda los límites a los derechos nacidos en cabeza del comitente (segundo plano de relevancia de los remedios jurídicos)⁽⁵⁸⁾. Llamaremos a esta hipótesis aplicación *disfuncional* del *back charge*.

El caso más recurrente de aplicación *disfuncional* del *back charge* se presenta cuando el comitente ejerce el contenido del remedio contra la buena fe, y en particular contra sus actos propios, cuando pretenda beneficiarse de su propia negligencia o vulnerar la confianza legítima del contratista. Mención aparte de la aplicación *disfuncional* del *back charge* merece el caso en que el comitente pretende repercutir en el contratista gastos irrazonablemente elevados en la contratación

del tercero sustituto o en la asunción interna de la corrección de la prestación defectuosa. Si el acreedor incurre en costos excesivos, éstos no serán trasladables en su integridad al contratista, es decir, serán trasladados solo en la medida de lo que resulte razonable⁽⁵⁹⁾.

8. Análisis del supuesto reconocimiento del *back charge* en el Código Civil peruano

El *back charge* no ha sido acogido en el derecho peruano o al menos no lo ha sido en la complejidad, sustantiva y procedimental, en la que ha sido esbozado en la praxis internacional. Nuestro legislador concibe escuetamente una figura en cierta medida afin: la ejecución por tercero a costa del deudor, prevista en el inciso 2 del artículo 1150 (Mallma, 2018, p. 27) (correspondiente a las obligaciones de hacer) y en el inciso 2 del artículo 1219 (correspondiente a los efectos de las obligaciones)⁽⁶⁰⁾.

La ejecución por tercero a expensas del deudor regulada en el Código Civil es un remedio que se enmarca en la tutela

(57) Los actos de colaboración del acreedor pueden calificar como una carga o como un deber o una obligación civil. En el primer caso, su incumplimiento estará gobernado por el artículo 1338 del Código Civil. En el segundo caso, será de aplicación el régimen del incumplimiento obligaciones. La doctrina más establecida (San Martín, 2011, pp. 323-324) entiende que califican como genuinos deberes contractuales (conductas legalmente exigibles) cuando (i) la colaboración del acreedor es necesaria para la satisfacción de intereses dignos de tutela del deudor obligacional o, (ii) cuando la inobservancia del acto de cooperación es capaz de generar daños al deudor obligacional. En este sentido, se ha explicado que los actos de colaboración del acreedor no cuentan con una naturaleza unitaria, sino dinámica. En efecto, dependerá de cada caso en concreto el determinar si se trata de una carga o de un deber o de una obligación civil. En esta línea, "en la mayoría de los casos la cooperación del acreedor se presentará como una 'carga' que éste debe llevar a cabo si quiere ver satisfecha la propia prestación, pero ella también puede presentarse como una obligación o bien como un 'deber secundario de conducta'. (...) sólo en algunos casos, la buena fe objetiva (que, por el contrario, rige todas y cada una de las obligaciones) impondrá al acreedor el "deber" de prestarse para ejecución de la prestación, en los demás casos este deber no nace y, por consiguiente, el acreedor no tiene sino una 'carga' de cooperación, exceptuados los casos en que ella haya sido elevada a obligación por los propios contratantes. (...) si la ejecución de la prestación mira al exclusivo beneficio del acreedor, sin que entren en juego los intereses del deudor, si de la falta de cooperación no se derivan perjuicios para el deudor, y, por último, ella no está expresamente establecida como una cláusula del contrato: será una 'carga'. (...) Ahora bien, si alguno de los supuestos enumerados llegase a faltar, podría entonces hablarse de una obligación, si está establecida en el contrato, o bien un deber secundario de conducta, si es impuesto por la buena fe contractual".

En suma, los actos de colaboración califican como obligaciones contractuales cuando su no realización afecte los intereses legítimos del deudor o le genere perjuicios. En tales circunstancias, la cooperación es debida por el titular (y legalmente exigible por la contraparte) y su inobservancia produce un incumplimiento contractual del acreedor.

(58) Recordemos que, en esta serie de casos, sí se configuran los derechos derivados del *back charge* en cabeza del comitente por haber concurrido los elementos del supuesto de hecho indispensables para tal efecto. Empero, en atención a razones externas a la operativa de dicho remedio, el comitente quedará impedido de ejercer los derechos subjetivos antes mencionados.

(59) En este orden de ideas, es posible señalar que el comitente tiene una carga de razonabilidad en el ejercicio de las prerrogativas conferidas por el *back charge* si esta carga es omitida el costo incurrido se convertirá uno no reembolsable.

(60) La hipótesis regulada por nuestro legislador es distinta de que aquella contenida en el artículo 1149 (pago por tercero). En efecto, mientras en la primera la actividad del tercero es gestionada por el acreedor (titular de la iniciativa), en la hipótesis del artículo 1149, el tercero ejecuta la prestación ya sea de manera espontánea o bien por haber sido puesto por el deudor.



específica, la cual se encuentra dirigida en lograr que el acreedor obtenga la prestación originalmente debida en sus propios términos y tal como fuera negociada originalmente. Así, en sentido jurídico, cuando el acreedor acude a este remedio, está obrando para procurarse la prestación de una obligación fungible del deudor, desplazando la actividad de este último a la necesidad de pago de los gastos incurridos⁽⁶¹⁾.

En cuanto a su ámbito de aplicación, las normas que disciplinan la ejecución por tercero a costa del deudor se aplican *prima facie* a prestaciones de hacer fungibles. En estas hipótesis, el acreedor normalmente puede, a bajos costos de transacción, acudir al mercado para procurarse la prestación de hacer por un tercero y a cuenta del deudor. Con ello, el acreedor verá satisfecho su interés crediticio⁽⁶²⁾ mediante la obtención de la actividad genérica comprometida por un deudor.

El reconocimiento operado por el legislador nacional a la ejecución por tercero a costa del deudor no es irrelevante, pues permite reafirmar dos consideraciones clave. En primer lugar, determina que el sistema civil peruano permite o, por lo menos, no considera en abstracto como ilícita a la estipulación del remedio en los contratos de obra. Y es que carecería de sentido entender que el derecho dispositivo incorpora a sus filas un remedio ilegal. Así, consideramos que esta nominación legislativa tiene un aspecto positivo, pues como se ha dicho, el uso razonable del *back charge* puede beneficiar la continuidad y culminación de determinado proyecto.

La segunda consideración que realizaremos a partir de las normas civiles previamente citadas es que éstas incorporan la

ejecución por tercero a costa del deudor de manera supletoria, es decir, sin necesidad de que sea estipulada en mérito de la autonomía privada. En ese sentido, virtualmente, todos los contratos de obra, independientemente de su sofisticación, permitirán que la parte legitimada invoque este remedio.

Los remedios jurídicos supletorios o dispositivos hallan su razón de ser cuando son portadores de una regla equilibrada⁽⁶³⁾ o neutral, capaz de balancear los intereses en juego de las partes. Una regla contractual es neutral o equilibrada cuando su contenido resulta compatible con los criterios de asignación eficiente de riesgos, situación que (hipotéticamente) habría llevado a que los privados adopten aquella regla en una negociación a bajos costos de transacción⁽⁶⁴⁾, y cuando no resulta cuantitativamente desproporcionada⁽⁶⁵⁾.

Empero, por las razones que explicaremos posteriormente, la regulación supletoria del *back charge* en el Código Civil peruano no resulta eficiente. Asimismo, el acogimiento de dichas reglas por las partes de los contratos de construcción podría generar costos de transacción no menores, lo cual resulta contrario a su función.

(61) Cierta autor (Priori, 2004, p. 134) ha hallado la *ratio* del remedio disciplinado en el artículo 1150 inciso 2 en función a la satisfacción del interés del acreedor como finalidad global del nacimiento de la relación obligatoria. En ese sentido, para el autor nacional, aquel artículo “encuentra explicación en la necesidad de que el acreedor reciba esta conducta con la cual verá satisfecho su interés, sin importar que la conducta sea realizada por el tercero, si con ello se satisface el interés del acreedor”.

(62) La relativa facilidad con la que cuenta el acreedor para obtener esta actividad podría ser determinante con ocasión a la aplicación de la mitigación de daños y del límite económico.

(63) Así, se ha señalado (De la Puente, 2007, p. 800) que la regulación dispositiva es una regulación ideal diseñada para velar supletoriamente por el equilibrio contractual criterio de equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes teniendo en cuenta los intereses que busca tutelar ese contrato típico. En otras palabras, el legislador, al dictar una, y por una y todas en conjunto, las normas dispositivas de un contrato típico, busca diseñar el contrato ideal que, en su concepto, proteja armoniosamente los intereses de las partes, tomando en consideración la finalidad del contrato, de tal manera que las partes puedan confiar en que existe una regulación supletoria de su voluntad común que ha sido elaborada precisamente para velar por la justicia contractual.

En términos de Esser-Schmidt (citado por De la Puente, 2007, p. 798), las normas dispositivas vendrían a ser un “ordenamiento de reserva” “que a la vez que cubre el silencio de las partes, exterioriza la idea del legislador respecto de lo que él comprendería como una equivalencia de intereses o justifica particular del contrato”.

Las normas imperativas, en cambio, buscan contrarrestar disfuncionalidades.

(64) En nuestro sistema, muchas de las normas supletorias cumplen idóneamente con la función de equilibrio de intereses. Empero, ello no siempre es así, tal como ocurre en los casos de las reglas de la mora del deudor y de la responsabilidad de los miembros de un consorcio (contrato asociativo) frente a los terceros con quienes se vinculan.

(65) Sin embargo, esto no resulta común en el Perú, pues difícilmente existen normas supletorias que se refieran a los elementos comerciales esenciales, como el *quantum* de las prestaciones intercambiadas. Un buen ejemplo de estas normas excepcionales se encuentra dado por el artículo 1767 del Código Civil, según el cual “[s]i no se hubiera establecido la retribución del locador y no puede determinarse según las tarifas profesionales o los usos, será fijada en relación a la calidad, entidad y demás circunstancias de los servicios prestados”.



Los comentaristas al inciso 2 del artículo 1150 del Código Civil, o a sus homólogas en otros Códigos Civiles, suelen considerar que la sustitución del deudor por el tercero a expensas del deudor requiere de autorización judicial *ex ante* (Severín, 2016, p. 188; Manrique, 1999, pp. 35-36)⁽⁶⁶⁾.

Como podría resultar obvio para quienes están involucrados en proyectos de construcción, esta posición no considera una constatación práctica: la autorización previa del juez resulta incompatible con las necesidades de los propietarios y comitentes, sobre todo ante situaciones de urgencia y criticidad del programa. En estas circunstancias, la intervención judicial convertiría a la ejecución por tercero a costa del deudor en un remedio extemporáneo e inútil (Borda, 1994, p. 209; Mallma, 2018, p. 32); con ello, obligaría al acreedor a recurrir a otras vías que podrían resultar sub-óptimas, pero menos perjudiciales para los fines del proyecto que los mecanismos de solución de controversias.

Considerando ello, se ha propuesto entender que, si el acreedor se encuentra ante una situación de urgencia, no se requiere la autorización del juez para operar el remedio jurídico (Torres, 2014, p. 150). En jurisprudencia nacional, esta posición ha sido acogida por la Casación 278-98-Lima, conforme a la cual, para hacer una correcta interpretación del inciso 2 del artículo 1150, debe tenerse en cuenta dos situaciones:

Primero, cuando no se trata de caso urgente debe obtenerse autorización judicial para la ejecución del hecho debido, en cuya hipótesis el costo del cumplimiento de la obligación podrá obtenerlo el acreedor bajo el concepto de gastos de la ejecución por otro, más la exigencia de un pago indemnizatorio, y segundo, cuando se da esa urgencia es posible prescindir del órgano jurisdiccional, para proceder por sí mismo o por un tercero, previa constitución en mora del deudor [énfasis agregado]. Actuar así es la segunda situación descrita permite al acreedor obtener una indemnización.

En el fondo, esta postura, que denominaremos flexible, respecto del contenido del inciso 2 del artículo 1150 supone la incorporación de un criterio no previsto en el Derecho positivo, la urgencia, para admitir la autotutela privada del comitente. Con todo, enarbolar esta postura implicaría ir contra la posición dominante y admitir que los remedios contractuales no son en la universalidad de casos, y salvo excepciones reguladas expresamente por el legislador, de actuación judicial.

Por nuestra parte, creemos resultaría factible plantear una interpretación *extrajudicializadora* de los remedios contenidos en los artículos 1150 inciso 2 del y 1219 inciso 2 Código Civil, siempre que se cumplan los siguientes requisitos mínimos:

- La asunción de la prestación por comitente no suponga la aplicación de violencia alguna contra la persona del contratista.
- La asunción de la prestación por el comitente no lesione ni coloque en peligro de lesión la dignidad ni la esfera posesoria del contratista.
- Se le confiera un plazo de remediación al deudor y se le confiera el derecho a efectuar descargos.
- La aplicación de la ejecución del tercero por el contratista sea materia de control *ex-post* por un tercero imparcial.

Naturalmente, a los mencionados criterios estaría secundada por los límites para el ejercicio de cualquier remedio jurídico, tales como la buena fe.

(66) Esta conclusión se ha basado en tres consideraciones. En primer lugar, en el principio que prohíbe la autotutela privada salvo en los casos admitidos expresamente por el legislador. En segundo lugar, en la previsión de los códigos procesales respecto a normas de ejecución forzada de obligaciones de hacer. En tercer lugar, en la sola literalidad de las normas sustantiva y procesal. Lo último ocurre en el caso del Código Civil español en cuyo artículo 1098 emplea el verbo rector "mandar" ejecutar (Moreno, 1976, pp. 494-495) y con el artículo 630 del Código de Vélez Sársfield refiere a "ser autorizado". La última redacción citada también se encontraba presente en el artículo 1187 del Código Civil peruano de 1936, que rezaba de la siguiente manera:

Código Civil peruano de 1936. Artículo 1187.

Si el hecho pudiese ser ejecutado por otro, el acreedor podrá ser autorizado a ejecutarlo por cuenta del deudor; y, en su defecto, solicitar daños y perjuicios.

Comentando el dispositivo citado, León Barandiarán (1956, p.59) considera que sus términos (...) eliminan toda duda, como se ha presentado en el derecho francés, acerca de la autorización para que el acto sea ejecutado: dicha autorización ha de verificarse por decisión judicial, no por mera determinación propia del acreedor.

El inciso 2 del artículo 1150 del Código Civil hoy en vigor no es así de claro, en tanto reemplaza la referencia a "ser autorizado" por "podrá exigir". Con todo, las lecturas que consideran que la referida posibilidad de exigir requiere necesariamente autorización jurisdiccional (Ledesma, 2008, 470) serían compatibles los artículos 706, 707 y 708 del Código Procesal Civil, los cuales dictaminan el proceso de ejecución de obligaciones de hacer.



La lectura propuesta es una que nos parece razonable y que, además, se encuentra respaldada en los remedios jurídicos que el legislador y/o la doctrina nacional reconocen expresamente como de actuación unilateral y extrajudicial. Nos referimos a remedios como la excepción de incumplimiento, la excepción de caducidad de plazo, la resolución por intimación o por cláusula resolutoria expresa, la compensación, el desistimiento liberatorio en contratos a plazo indeterminado, la retroventa, entre muchos otros.

Con todo, debemos decir que no se ha llevado a cabo en nuestro país un análisis detallado sobre si el derecho regulado en el inciso 2 del artículo 1150 podría ser activado de forma extrajudicial aun fuera de los casos de urgencia. En ese sentido, creemos que las incertezas sobre la aplicación de esta figura reducen su valor y utilidad en los proyectos de construcción, situación que potencia la importancia de una regulación adecuada en los términos y condiciones del contrato de construcción.

9. Evaluación de la eventual responsabilidad del contratista por los incumplimientos del tercero reemplazante

Un aspecto relevante y complejo vinculado a la dinámica del *back charge* pasa por dilucidar si, además de la repercusión de costos, el contratista incumplidor asume alguna responsabilidad frente al comitente por la actividad efectivamente ejecutada por el tercero o por el propio comitente. Nos encontramos ante casos en los que el comitente o el prestador que reemplazan al deudor omiten cumplir con sus obligaciones o realizan una remediación defectuosa.

Cuando el comitente sea el sujeto activo de la remediación omitida o inexacta, el daño ocasionado a aquel acreedor no debe ser asumido por nadie más que éste, bajo el principio de la autorresponsabilidad, según el cual un agente económico debe absorber las consecuencias dañinas de su propio comportamiento. En estos casos, el comitente no podrá repercutir costo alguno en el contratista.

Más complejo es el caso en que el tercero reemplazante del contratista ejecuta incorrectamente los trabajos de subsanación a su cargo. Es preciso destacar que, si bien en estos casos el contratista no recae en ningún incumplimiento directo, tampoco habría surgido la necesidad de remediación si el contratista

hubiese cumplido con sus obligaciones en un primer momento.

Opinamos que en el caso expuesto el contratista no debería asumir responsabilidad por el tercero incumplidor que se vincula con el comitente. En nuestro sistema legal, esta afirmación queda soportada por el hecho de que, en aquella hipótesis, no se configuran en cabeza del contratista incumplidor ninguno de los siguientes requisitos que lo hagan civilmente responsable frente al comitente:

- No está presente el nexo de causalidad, en tanto el incumplimiento originario contratista es una causa meramente natural, *conditio sine qua non*, del daño que le generó al comitente el incumplimiento del tercero⁽⁶⁷⁾. Dicho de otra manera, el incumplimiento del contratista no se habrá convertido en la causa jurídicamente relevante del daño engendrado en el comitente.
- No está presente el factor de atribución o criterio de imputación en cabeza del contratista. Y es que tercero reemplazante no desenvuelve sus obligaciones en calidad de auxiliar o delegado del contratista incumplidor y ni siquiera fue elegido por este último, sino por el comitente. Conforme al artículo 1325 del Código Civil⁽⁶⁸⁾, el deudor (contratista originalmente incumplidor) sólo deberá responder por los hechos de los terceros de los que aquél “se vale”, esto es, de aquellos que aquel ha elegido y ha decidido colocar a cargo de la actividad en cuestión. En ese sentido, dado que contratista no se valió ni le delegó actividades al tercero reemplazante⁽⁶⁹⁾, aquel no puede ser jurídicamente reputado como su principal, por lo que no será aplicable la norma citada.
- Al no configurarse criterio de imputación en cabeza del contratista, no existe justificación jurídica que le atribuya a éste la responsabilidad por los daños ocasionados por el tercero al comitente.

(67) Tan causa de este daño al comitente sería el incumplimiento del contratista como lo sería la propia celebración del contrato de obra.

(68) Código Civil. Artículo 1325.-

“El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario”.

(69) En cambio, el tercero reemplazante terminó ejecutando la tarea por iniciativa del acreedor.



La regla por la cual el contratista no responde por los incumplimientos del tercero reemplazante es acogida por FIDIC, pues la subcláusula 11.4 del Libro Rojo señala que, ante la renuncia del contratista a reparar defectos posteriores a la recepción, el propietario tiene derecho a “llevar a cabo los trabajos o hacer que otros lo lleven a cabo (incluida cualquier repetición de pruebas), de la manera requerida en el Contrato y por cuenta del Contratista, pero el Contratista no tendrá responsabilidad por este trabajo”.

Ahora bien, se discute sobre si, en mérito de su autonomía privada, las partes de contratos paritarios podrían asignar responsabilidad al contratista respecto a la actividad ejecutada inexactamente u omitida por el tercero.

A nuestro criterio, un pacto de esta naturaleza no sería *per se* inválido, pues no vulnera normas imperativas, normas de orden público ni las buenas costumbres. La posición que asumiría el contratista principal en caso se incorpore semejante pacto sería más cercana a la de un garante patrimonial (que promete y asume el riesgo por el hecho de tercero⁽⁷⁰⁾) que a la posición típica de un deudor obligacional.

Con todo, un pacto que responsabilice al contratista por el incumplimiento del reemplazante elegido libremente por el comitente podría ser poco equilibrado o problemático, en tanto podría colocar el riesgo de incumplimiento de aquel tercero en cabeza de alguien que, como el contratista, cuenta con escasas o nulas probabilidades de prevenir el acaecimiento de aquel riesgo y/o de efectuar un adecuado control de daños.

En cambio, el pacto que asigne responsabilidad al contratista respecto a la actividad ejecutada inexactamente u omitida por el tercero podría ser más equilibrado, y hasta lógico, en ciertos casos. Esto podría ocurrir si en un proyecto específico el contratista (deudor principal) cuenta con posibilidades efectivas control, seguimiento y validación de la actividad del tercero reemplazante. Ello ocurrirá, solo a manera de ejemplo, si, por razones de supervisión, coordinación u otro rol previo asignado en una obra específica, el contratista se encuentra en posición de prevenir o reducir los costos del incumplimiento del tercero reemplazante.

10. Conclusiones

a) El *back charge* es un remedio jurídico voluntario, el cual se incorpora como cláusula en los contratos de construcción.

Este remedio se aplica en caso de que el contratista recaiga en el detonante derivado de la verificación de ciertos requisitos (que giran en torno a su propio incumplimiento), frente a lo cual el comitente tiene los derechos de (i) asumir la realización de la actividad omitida o realizada inexactamente por el deudor mediante (a) la delegación de dicha actividad a un tercero contratado por el comitente o (b) ejecutar directamente dicha actividad; y, en uno u otro caso, posteriormente, (ii) trasladar al contratista los costos incurridos debido al curso de acción tomado. Por lo general, estos costos se transfieren a través de una compensación.

b) En su configuración internacional estándar, son requisitos configurativos del *back charge*:

- La estipulación voluntaria del remedio jurídico.
- El evento de incumplimiento del contratista.
- Que el incumplimiento pueda ser remediado mediante una prestación fungible conforme al interés del acreedor.
- Concesión de plazo razonable de remediación a favor del contratista.
- Que el comitente afronte costos con ocasión a la sustitución del deudor.
- Que se cumpla con el procedimiento contractual pre-establecido.

c) El contenido del *back charge* se sinteriza en dos derechos subjetivos que surgen en fases lógica y cronológicamente sucesivas:

- En primer lugar, el derecho a obtener directa o indirectamente la prestación omitida o inexactamente ejecutada por el contratista. Esto implica que el comitente puede sustituir al contratista en la actividad no ejecutada, ya sea a través del vínculo con un tercero o a través de sus propios medios.

(70) Código Civil. Artículo 1470.-

“Se puede prometer la obligación o el hecho de un tercero, con cargo de que el promitente quede obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero no asume la obligación o no cumple el hecho prometido, respectivamente”.

Código Civil. Artículo 1471.-

“En cualquiera de los casos del Artículo 1470°, la indemnización a cargo del promitente tiene el carácter de prestación sustitutoria de la obligación o del hecho del tercero”.



- En segundo lugar, el derecho a trasladar al contratista incumplidor los costos afrontados. Esta fase del remedio le confiere al comitente el poder de repercutir en el contratista los costos incurridos o por incurrir con ocasión al incumplimiento de este deudor. Esta posibilidad presupone que el acreedor opere una previa liquidación unilateral de la cuantía de los conceptos a repercutir en su contraparte. Si el contratista no cumple voluntariamente con el pago de los costos y gastos afrontados por el comitente, el comitente podrá obtener los referidos conceptos mediante una compensación con las deudas favorables al contratista (frecuentemente, los pagos parciales por progreso de trabajos) o de otras formas.
- d) El remedio del *back charge* es un mecanismo de autotutela privada, extrajudicial, de ejercicio unilateral y que cuenta con una naturaleza adversarial. Como mecanismo de autotutela, le permite al sujeto activo (el comitente), al menos provisionalmente, resolver un conflicto intersubjetivo de intereses mediante la imposición unilateral del propio curso de acción como prevalente (por medios propios, esto es, sin la colaboración del Estado). Evidentemente, ello no impide que el contratista impugne posteriormente, a través de los mecanismos de solución de controversias, el ejercicio del *back charge* por su contraparte.
- e) Desde la perspectiva empírica del comitente, el *back charge* es una herramienta de gestión contractual diseñada para salvaguardar el interés en alcanzar el resultado que se habría obtenido si el contratista hubiera cumplido adecuadamente sus obligaciones. No obstante, es importante considerar que la utilización del *back charge* también podría acarrear consecuencias nocivas para el propio comitente. Por un lado, la sustitución del contratista incumplidor en actividades rizomáticas podría ocasionar graves distorsiones en la asignación de riesgos y responsabilidades. Por otra parte, si la sustitución implica la manipulación de equipos con garantías de fábrica o de funcionamiento, ello podría ocasionar la automática extinción de dichas garantías en perjuicio del comitente.
- f) Desde la perspectiva empírica del contratista, la aplicación del *back charge* podría resultar agresiva toda vez que afectará (en ocasiones sensiblemente) el cronograma de ingresos que el ejecutor de la obra tenía esperado percibir al desarrollar el proyecto. Ello ocurre sobre todo cuando el *back charge* permite la compensación. En esta coyuntura, el ejercicio del remedio podría aumentar los reclamos y controversias impulsadas por el contratista, que podrían enmascarar la búsqueda de financiamiento. Por ello, una actitud beligerante y poco colaborativa podría afectar la capacidad del contratista para culminar el proyecto y, en los casos más graves, podría determinar su insolvencia. Estas circunstancias repercutirán negativamente también en la posición del comitente, quien podría ver comprometido el logro de los propósitos del proyecto.
- g) La aplicación irregular del *back charge* comprende dos escenarios. El primero se encuentra conformado por la aplicación irregular *stricto sensu*, hipótesis en la cual el comitente invoca el remedio sin que hubiesen concurrido previamente sus requisitos. En estos casos, al no contar con los derechos asociados a dicho remedio, el comitente no podrá aplicarlo eficazmente (o, lo que es similar, su aplicación será ineficaz) colocando al comitente en situación de incumplimiento eventualmente múltiple. El segundo escenario de aplicación irregular del *back charge* se encuentra conformado por el ejercicio disfuncional del remedio. En estos casos, el comitente pretende ejercer los derechos subjetivos contenidos en el remedio transgrediendo sus límites externos, pretensión que ha de devenir en ineficaz.
- h) El Código Civil peruano no regula el remedio del *back charge* tal como es configurado en la praxis transaccional internacional de los contratos de construcción y servicios. Sin embargo, la regulación de las obligaciones de hacer del referido cuerpo normativo sí contempla una figura análoga: el cumplimiento por tercero a costa del deudor.
- i) La regulación del Código Civil dedicada al cumplimiento por tercero a costa del deudor es incipiente e insuficiente, pues (i) no recoge la mayoría de aspectos esenciales del *back charge* ni su procedimiento de activación y (ii) no define si la aplicación del cumplimiento por tercero a costa del deudor requiere necesariamente autorización jurisdiccional o no. Salvo alguna mención a nivel jurisprudencial, la doctrina mayoritaria se inclina por requerir dicha autorización. Esta posición no considera una constatación práctica, ya que la autorización previa del tercero imparcial resulta incompatible con las necesidades de los propietarios y comitentes, sobre todo ante situaciones de urgencia y criticidad del programa. En estas circunstancias, la intervención judicial convertiría a la ejecución por tercero a costa del deudor en un remedio



- inútil y, con ello, obligaría al acreedor a recurrir a otras vías que podrían resultar sub-óptimas.
- j) Con ocasión a la remediación del incumplimiento del contratista por activación del *back charge*, el contratista incumplidor como regla no asume ni el riesgo ni la responsabilidad ni por los eventuales incumplimientos del tercero sustituto ni tampoco por los del comitente. En nuestro sistema legal, ello se deriva de la ausencia de configuración, en cabeza del contratista incumplidor, de nexo causal y del criterio de imputación respecto al incumplimiento del tercero y al daño. Sin embargo, las partes de contratos paritarios podrían estipular expresamente la atribución de responsabilidad al contratista respecto a la actividad ejecutada por el tercero o por el propio comitente. Este pacto podría resultar razonable si, en el caso concreto, el contratista posee la capacidad de prevenir la verificación y/o consecuencias de los incumplimientos por parte de los eventuales reemplazantes.

Referencias bibliográficas

- Ascarelli, T. (1963). O negócio indirecto. *Journal do foro*, (27), 5-22.
- Birrel, G. (1985). General Contractor's Management: How Subs Evaluate IT. *Journal of Construction Engineering and Management*, 111(3), 244-259.
- Borda, G. (1994). *Manual de Obligaciones*. Perrot.
- Cornejo, G. (1938). *Código Civil. Exposición sistemática y comentario (t.2)*, 1. Taller de Linotipia.
- Cornell University. (2005). *Glossary of construction terms*. https://operations.fs.cornell.edu/info/ir_glossary.cfm [Visitado el 4 de julio de 2023].
- Corte Suprema de Justicia. Sala Civil Transitoria. Casación No. 278-98-LIMA
- Corte Suprema de Justicia de la República. IX Pleno Casatorio Civil (2017, 18 de enero).
- Court of Appeal of California. Caso Great Western v. Roel Construction. September 5, 2008.
- Court of Appeals of Tennessee. Caso McClain v. Kimbrough Const. Co. December 19, 1990.
- Court of Final Appeal of the Hong Kong Special Administrative Region. Caso Xiamen Xinjingdi Group Co Ltd v. Eton Properties Limited. October 28, 2020.
- Court of Queen's Bench of Alberta. Caso Impact Painting Ltd v ManShield (Alta) Construction Inc. May 28, 2019.
- De la Puente, M. (2007). *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil (3)*. Palestra.
- Díez-Picazo, L. (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Civitas.
- Duncan Wallace, I. (1995). *Hudson's Building and Engineering Contracts. Including the Duties and Liabilities of Architects, Engineers and Surveyors. 1*, Sweet & Maxwell.
- Fernandez, G. (2015). Tutela y remedios: la indemnización. Entre la tutela resarcitoria y el enriquecimiento sin causa. En *Reflexiones en torno al Derecho Civil*, 385-404. Ius Et Veritas.
- Ferrero, R. (2004). *Curso de derecho de obligaciones*. Grijley.
- Ferroni, L. (1983). *Obblighi di fare ed eseguibilità*. ESI.
- FIDIC. (2017). *Conditions of contract for construction*. FIDIC.
- Isler, E. (2015). Cargos en tarjeta de crédito no autorizados por el consumidor. Comentario de Una sentencia. *Ars Boni et Aequi*, 11(1), 137-153.
- Kim, J., & Jun, D. (2021). *Back charges in construction practice*. International Bar Association.
- Kim, Y. J., & Skibniewski, M. J. (2020). Cash and claim: Data-based inverse relationships between liquidity and claims in the construction industry. *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction*, 12(3).
- Kisi, K. P., Kayastha, R., & Shrestha, P. P. (2020). Back charges in construction contract: Case study of airport project. *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction*, 12(3).
- La Rosa, J., & Rivas, G. (2018). *Teoría del Conflicto y Mecanismos de Solución*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ledesma, M. (2008). *Comentarios al Código Procesal Civil (t. 3)*. Gaceta Jurídica.
- León Barandiarán, J. (1956). *Comentarios al Código Civil peruano (t.2)*. Ediar.
- Llambías, J. (1970). *Tratado de Derecho Civil*. Perrot.
- Mallma, P. (2018). *El Back Charge en los Contratos De Construcción. Aproximación a las facultades y límites legales del comitente para intervenir y modificar los derechos y obligaciones del contratista en los contratos de construcción privados* [Trabajo de investigación para optar el grado académico de Magíster, Pontificia Universidad Católica del Perú].
- Mallma, P. (2023). El Back Charge en los Contratos de Construcción. *Infoconstrucción*, 3, 40-45.
- Manrique de Lara, J. (1999). *La mora del deudor en las obligaciones civiles de hacer*. [Tesis doctoral, Universidad de las Palmas de Gran Canaria].
- Momberg Uribe, R., & Vidal Olivares, A. (2018). El límite económico al cumplimiento de contrato Desde la excesiva onerosidad sobrevenida a los costos excesivos del cumplimiento específico. *Vniversitas*, 137.



- Monroy, J. (2017). *Temas de derecho procesal*, 2. Communitas.
- Monroy, J. (2014). La ejecución de obligaciones con prestaciones de hacer y de no hacer en el siglo del vértigo. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 5(1).
- Moreno, B. (1976). Problemática de las obligaciones de hacer. *Revista de Derecho Privado*, 60(6), 467-502.
- Nec. (2017). *Nec 4. Engineering and Construction Contract*. Nec.
- Norris, P. (2018). Scope of Permissible Backcharges on a Construction Contract. *National Law Review*, 8(179).
- Petersen, K. (2017). *Estado actual de los remedios contractuales frente al incumplimiento de obligaciones de hacer y no hacer* [Tesis de licenciatura, Universidad de Chile].
- Priori, G. (2004). Reflexiones en torno al Artículo 1219 del Código Civil. *Foro Jurídico*, (2), 132-137.
- Priori, G. (2012). La tutela del derecho de crédito. En R. Morales & G. Priori (Eds.), *De las obligaciones en general. Coloquio de iusprivatistas de Roma y América. Cuarta reunión de trabajo* (pp. 535-541). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ramos, C. (2007). *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento. [Y cómo sustentar expedientes]*. Grupo Editorial Lex & Iuris.
- Rodríguez, J. (2021). El derecho a la subsanación del incumplimiento como mecanismo que contribuye al equilibrio de la posesión del deudor y del acreedor: análisis a partir de algunos modelos del derecho comparado. En C. Chinchilla & M. Grondona (Eds.), *Incumplimiento y sistema de remedios contractuales* (pp. 359). Universidad Externado de Colombia.
- Roppo, V. (2009). *El Contrato*. Gaceta Jurídica.
- San Martín, L. (2018). El límite económico como manifestación del principio de mitigación. En A. Vidal & R. Momberg (Eds.), *Cumplimiento específico y ejecución forzada del contrato*. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- Severin, G. (2016). El cumplimiento específico de los contratos de servicio en el derecho español: perspectivas sustantiva y procesal. *Revista de Derecho Privado*, (30), 171-219.
- Smith, H. (2006). Modularity in Contracts: Boilerplate and information flow. *Michigan Law Review*, 104(5), 1175-1222.
- Tennessee Code (2021). *Justicia Us Law*. <https://law.justia.com/codes/tennessee/2021/> [Visitado el 4 de julio de 2023].
- The Supreme Court of The United Kingdom- UKSC 17. *Caso Braganza v. BP Shipping Limited and another*. 8 March 2015.
- Torrente, A., & Schlesinger, P. (2019). *Manuale Di diritto privato*. Giuffrè Editore.
- Torres, A. (2014). *Teoría General de las Obligaciones*, (2). Instituto Pacífico.
- Treitel, G. (2011). *Remedies for breach contract: A comparative Account*. Oxford University Press.
- Unidroit. (2016). *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*.
- Vidal, A. (2011). EL INCUMPLIMIENTO Y LOS REMEDIOS DEL ACREEDOR EN LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS ESPAÑOL. *Revista chilena de derecho privado*, (16), 243-302.